

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزى البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في
القانون المدني

مصادر الالتزام

المواد ١٢٠ - ١٧١

المجلد الثالث



٩ ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

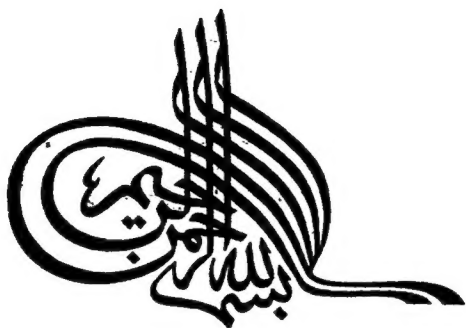
الترقيم الدولي

٢٠٠٦/١٦٧١١

977 - 400 - 030 - 7



٢٢ ش رضى فايفين - ٢٩٢٥٢٧٦



فَأَمَّا الرَّبْدُ فَيَنْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا
مَا يَتَفَعُّ النَّاسُ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ

الْحَقُّ
الْعَظِيمُ

كلمة الناشر

بسم الله الرحمن الرحيم

" فاما الزيد فيذهب جفاءً وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض "

صدق الله العظيم .

الى كل الناطقين بكلمة الحق والعدل ..

الى كل الجاهلثين من كل ما هو جديد في القانون ..

تشرف دار محمود للنشر والتوزيع بأن تقدم موسوعة الشرح والتعليق
على نصوص القانون المدني للمستشار / محمد عزمي البكري
في عشرين مجلداً فاعزاً .

وهي تشتمل على جميع مواد القانون المدني أى من المادة الأولى حتى المادة
١١٤٩ وتناولت هذه المواد بالشرح التفصيلي والتعليق عليها بأحدث أحكام
محكمة النقض المصرية والآراء الفقهية الحديثة والقديمة حتى يتسنى
لرجال القضاء والمحامين الاطلاع على جهد وبهت وخبرة سنين متواصلة من
العمل المضني بلغ ثمانية اعوام من الصبر والثابرة لرصد لكل ما يمكن إن
يكتب .. وقد أفرزت الموسوعة ما يقرب من ثمانية عشر ألف صفحة (ألف
ومائة ملزمة) وبذلك تكون هذه الموسوعة قد قدمت إضافة كبيرة وجديدة
للعلم القانوني في مصر والدول العربية .

الناشر

محمود ربيع خاطر

مادة (١٢٠)

إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جازله أن يطلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

الشرح

١- المقصود بالغلط :

الغلط وهم كاذب يتولد فى ذهن الشخص ، فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته . بأن يرى فيه شيئا غير موجود فى الحقيقة، أو يتوهم خلوه من صفة ، حالة كونها تلزمه .

ومثاله أن يشتري شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص، فإذا به يجدها من المعدن المطلى بقشرة من الذهب ، أو يشتري شخص تحفة اعتقادا منه بأنها أثرية ، ثم يفاجا بأنها مجرد تقليد ، أو يستأجر شخص شقة لسكناء مدفوعا باعتقاده بأن لها واجهة على الشارع ثم يتضح له خطأ اعتقاده .

والغلط الذى يعتبر عيبا من عيوب الإرادة هو الغلط المؤثر، وهو حالة وسطى بين الغلط المانع وبين الغلط غير المؤثر .

فالغلط المانع لا يعيب الإرادة فحسب ولكنه يعدمها ، وهو يتحقق إذا تعلق الاعتقاد الخاطئ بركن من أركان العقد كتطابق الإرادتين أو المحل أو السبب من هذا أن يعتقد أحد الطرفين أنه يبيع الشيء الذى يملكه والآخر يعتقد أنه يتلقاه على سبيل الهبة . فهذا

غلط مانع يتعلق بتطابق الإرادتين . ومن هذا أن يعتقد أحد الطرفين أنه يبيع المنزل المملوك له في بلدة معينة ، بينما يعتقد الطرف الآخر أنه يشتري المنزل المملوك للبائع في بلدة أخرى ، فهذا غلط مانع يتعلق بالمحل .

ومن هذا أن يتقاسم الورثة مع الموصى له أموال التركة ثم يتبين أن الوصية باطلة . فهذا غلط مانع يتعلق بسبب عقد القسمة حسب النظرية التقليدية للسبب .

أما الغلط غير المؤثر ، فهو نقيض الغلط المانع ، فهو الغلط الذى لا يتعلق بأى صفة جوهرية فى العقد ، ولا يؤثر فى إبرامه ، فهو ليس من عيوب الإرادة .

أما الغلط الذى نتناوله باعتباره من عيوب الإرادة فهو الغلط الجوهري^(١) .

وهذا الغلط كما سنرى فى المادة (١٢٠) يجيز للمتعاقد الذى وقع منه أن يطلب إبطال العقد ، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص ٢٩٧ ومابعدها ، ص ٣٠٤ ومابعدها - الدكتور سمير عبد السيد تناغو المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام - منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٤٩ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" توهم غير الواقع الذى يخالط الإرادة عند تكوين العقد هو من قبيل الغلط الذى نظم المشرع أحكامه فى المواد من ١٢٠ إلى ١٢٤ من التقنين المدنى . فجعل للمتعاقد الذى وقع فيه أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه متى كان الغلط جوهريا ووقع فيه المتعاقد الآخر لو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه " .

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٦٠ ق. جلسة ١٢/٧/١٩٩٤)

٢- شروط إعمال الغلط :

يلزم لكى ينتج الغلط أثره القانونى فيجعل العقد قابلا للإبطال
توافر شرطين أساسيين هما :

١- أن يكون الغلط جوهريا .

٢- أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر .

ونعرض لهذين الشرطين بالتفصيل فيما يلى :

الشرط الأول :

أن يكون الغلط جوهريا .

(أنظر شرح المادة ١٢١) .

الشرط الثانى :

أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر .

لايكفى لجواز طلب إبطال العقد أن يكون الغلط جوهريا ، بل يلزم أن يتصل هذا الغلط بالمتعاقدين الآخر ^(١).

وقد ذكرت المادة للحالات التى يعتبر فيها الغلط الذى يقع فيه أحد المتعاقدين متصلا بالمتعاقدين الآخر وهى ثلاث حالات كالآتى :

(١) وهذا الشرط لا يتسق مع مبدأ سلطان الإرادة ، وهو من بعد شرط جديد ، لم يقل به الأكثرون من التقليديين . فمؤدى سلطان الإرادة ، لو أنه أخذ على إطلاقه ، أن يعطى للمتعاقدين السبيل إلى الخلاص من العقد الذى أبرمه ، كلما ثبت أنه كان ضحية لغلط جوهرى ، دون اعتداد بعد ذلك بما إذا كان هذا الغلط قد اتصل بالمتعاقدين الآخر ، أم لم يتصل به . إذ أن الغلط فى كل من الحالتين شاب رضاه ودفعه إلى التعاقد . ولكن هذا الشرط الجديد ، يقتضاه العمل على استقرار التعامل . فأمام الرغبة فى العمل على استقرار التعامل ، يضحى القانون بتعيب الإرادة بالغلط أو بغيره من العيوب ، إذا كان المتعاقد الآخر بعيدا عن العيب لم يتصل به بسبب . إذ أن مؤدى إعمال الغلط أن يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد الغالط . ومن شأن ذلك أن تضعيف الصفقة على المتعاقدين الآخرين ، فيناله الضرر . من هنا توجب ألا نعمل أثر الغلط ، إلا إذا وجد مسوغ يبرر التضحية بمصلحة الطرف الآخر . وقد وجد المشرع هذا المسوغ فى كون الغلط متصلا بذلك الطرف الآخر على نحو لو على غيره فتطلب هذا الشرط (عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣١٢) .

(أ) إذا وقع المتعاقد الآخر بدوره فى الغلط :

هذه هى حالة الغلط المشترك أى الغلط الذى يشترك فى الوقوع فيه الطرفان كلاهما . ومثال هذه الحالة أن يشتري شخص ساعة مطالاة بالذهب ، معتقدا أنها من الذهب الخالص . ويشاركه البائع هذا الاعتقاد الخاطئ . فكل من المتعاقدين هنا قد وقع فى الغلط . والذى يضار من الوقوع فى الغلط هنا هو المشتري . إذ الفرض أنه لو تبين حقيقة الساعة ، فإنه ما كان ليشتريها ، أو ما كان ليشتريها بالثمن الذى قبله . والقانون يمنحه هنا حق طلب إبطال البيع ، برغم أن البائع كان حسن النية . وقد قدر فى ذلك أن الرضاء جاء معيبا من المتعاقدين كليهما ، فضحى بحسن نية من يقع الإبطال إضرارا به ، تمشيا مع اعتبارات العدالة والمصلحة .

فوقوع المتعاقدين كليهما فى نفس الغلط ينهض بذاته دليلا على أن أيا منهما | معذور فى غلطه ، فيغفر له القانون الوقوع فيه ، ٢ ويكون لصاحب المصلحة منهما أن يتمسك بإبطال العقد ، اعتبارا بأنه قد وقع فى غلط يعزرنه ويغفر له (١) . وهو إذا كان حسن النية فإن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣١٤ ومابعداها - الدكتور رمضان أبو السعود والدكتور همام محمد محمود للمبادئ الأساسية فى القانون ١٩٩٥/١٩٩٦ ص ٣٩١ ومابعداها .

(ب) إذا علم المتعاقد الآخر بالغلط الذى وقع فيه غريمه :

لا يشترط أن يكون الغلط مشتركا بين المتعاقدين ، بل يكفى أن يكون الغلط فرديا ، بمعنى أن يقع فيه أحد المتعاقدين دون الآخر ، إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط ، وذلك حتى يتمتع مفاجأته بدعوى الغلط ، ففي مثال الساعة السابق ذكره ، والقائم على شراء شخص ساعة مطلاة بالذهب ، حالة كونه يعتقد أنها من الذهب الخالص ، يكفى أن يكون البائع عالما بوقوع المشتري فى الغلط ، بمعنى أن يكون مدركا أن المشتري قد اعتقد أن الساعة من الذهب ، وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفعه إلى ارتضاء الشراء . إذ كان يجب على البائع أن ينبه المشتري إلى هذا الغلط ، أما ولم يفعل فهو سئ النية ، وخلق يتحمل الجزاء الذى يفرضه القانون عليه^(١) .

أما إذا لم يكن المتعاقد الآخر عالما بالغلط ، فإنه يكون حسن النية لا نذب له .

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى

الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٢٥٥ وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي

ص ٣١٥ .

(ج) إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبين وقوع غريمه في الغلط :

لا يلزم أن يكون الغلط مشتركا بين المتعاقدين ، أو أن يكون الغلط فرديا إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط . بل يكفي أن يكون من السهل عليه أن يتبين وقوع غريمه في الغلط . حتى ولو لم يتبينه بالفعل . لأنه يكون في هذه الحالة مقصرا تقصيرا جسيما لعدم تنبيهه وقوع المتعاقد معه في الغلط .

ويتساوى التقصير الجسيم مع سوء النية في هذا الصدد . فالبائع الذى يتعامل مع أحد هواة شراء التحف الأثرية وهو يعلم ذلك ، يكون مقصرا إذا لم يتبين حقيقة هذه الصفقة وأن عمله إنما يريد تحفه أثرية لا تحفة عادية^(١) .

ويستدل بسهولة تعرف المتعاقد على وقوع غريمه في الغلط بالظروف الملائمة للعقد ، وما ينبغي فى التعامل من حسن النية . والأمر يتعلق بالواقع ويخضع لتقدير قاضى الموضوع .

فإذا ارتضى شخص مثلا أن يدفع فى تمثال رغب فى شرائه ألف جنيه ، حالة كونه لايساوى فى الحقيقة إلا خمسة أو عشرة جنيهات ، معتقدا عن غلط أنه أثرى ، فى هذه الحالة ينهض الغلط سببا للإبطال ، حتى لو كان البائع لم يقع بدوره فى الغلط ،

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٣٩٢ .

ولم يعلم بوقوع المشتري فيه ، إذ أنه كان من السهل عليه أن يتبين أن المشتري وقع في الغلط ، وأن هذا الغلط هو الذي دفعه إلى ارتضاء الشراء . ومعيار إمكان العلم بالغلط هو معيار موضوعي أسامه الشخص العادي .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كان من واجب المشرع أن يقطع برأى معين ، فى مسألة المفاضلة بين اشتراط توافر الغلط المشترك ، وهو ما يقوم بذهن العاقلين معا ، والاجتزاء بالغلط الفردى وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردى بوجه عام ، بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفى التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جر الآخر إليه بموقفه أو أن يكون عالما بوقوعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه ، ويلاحظ أن المتعاقد الآخر فى هذه الفروض الثلاثة : ينسب إليه المريرتب مسئوليته وهذا ما يبرر طلب البطلان . أما إذا بقى بمعزل عن ظروف الغلط ، فإن وقف موقفا لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به أو تبينه ، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجوب تعويض هذا المتعاقد ، عملا بنظرية الخطأ فى تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبعه التقنين الألمانى (أنظر المادة ١٢٢ منه . وأنظر أيضا المادة ٢٦ من التقنين السويسرى ، والمادة ٩١ من التقنين الصينى) . أما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من

ذلك فبدلاً من أن يخول من وقع في الغلط حق التمسك بالبطلان ،
ثم يلزمه في ذات الوقت بتعويض ما يصيب العاقد الآخر من خسارة ،
جعل للعقد حكم الصحة وهياً بذلك أجدى تعويض لهذا العاقد .
وليس هذا إلا تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الخطأ في تكوين العقد
(أنظر في هذا المعنى . المادة ١٣٧ من التقنين البولوني والمادة
١٧٨ من التقنين النمساوي . والمادتين ٦٦١ و ٦٦٢ من التقنين
البرتغالي والمادة ٢٠٧ من التقنين اللبناني) .

هذا وينبغي التنويه بأمرين :

أولهما أن الغلط الذي يبرر إبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه
المتعاقدان ، أو يتسبب فيه أحدهما ، لو يعلم به ، أو يكون في
مقوره أن يعلم به ، فقد يلقب اصطلاحاً " بالغلط المغتفر " .

ويصبح الغلط " غير مغتفر " ، ولا يؤدي بذلك إلى إبطال العقد ،
إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر ، أو
يجره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العلم به .

والثاني أنه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط
فصعب بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبرام العقد^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٤٢ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن النص في المادة ١٢٠ من التقنين المدني على أن : " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه " وفي المادة ١/١٢١ منه على أن " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط " - يدل على أن المشرع يعتد بالغلط الفردي سببا لإبطال العقد ، وعودة طرفيه إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه ، واشترط لذلك أن يكون هذا الغلط جوهريا - وهو ما يتحقق إذا كان هو الدافع إلى إبرام العقد - وأن يكون المتعاقد الآخر عالما به أو في مقدوره أن يعلم به " .

(طعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٧)

٣- تكييف دفاع الخصم بصدد الغلط :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنها حررت عقد البيع المؤرخ ١٩٨٦/١١/٢٢ لنقل حيازة الأرض محله للمطعون ضده الأول لأنها توهمت خطأ أنه غاصب لها يرث هذه المساحة عن أبيها كما طلبت إحالة الدعوى للتحقيق فاطرح الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه هذا الدفاع تأسيسا على أن الطاعنة وصفت دفاعها السالف ذكره بأنه طعن بالصورية- وأنه

لا يجوز للمتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت بغير الكتابة وكان
البين من الوقائع التي استندت إليها الطاعة في دفاعها وحقيقة
مطلبها فيه أنها تتمسك بطلب إبطال العقد تأسيساً على أنها كانت
واقعة في غلط لولاه ما وقعت على عقد البيع ولا عقد القسمة وكان
الحكم المطعون فيه لم يأخذ بهذا التكييف السليم لدفاع الطاعة التي
تفيده الوقائع التي أسست عليها دفاعها ملتزماً بظاهر الوصف الذي
أطلقته على هذا الدفاع وحجبه ذلك على أن يعرض لدلالة
المستندات التي قدمتها أو يرد على طلبها إحالة الدعوى للتحقيق فإنه
يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وجره ذلك إلى القصور في
التسبيب والإخلال بحق الدفاع .

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢)

٤- لا يجوز طلب الإبطال للغلط بعد الدفع بالصورية :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن : " الصورية
فى العقد هو اتخاذ مظهر كاذب بإرادة ظاهرة تخالف النية الحقيقية
للطرفين ، والدفع بالغلط يعنى صدور التصرف عن إرادة معيبة ،
والدفع بالصورية وحدها وعلى - ما جرى به قضاء هذه المحكمة -
يجعل معنى الإقرار بصودر العقد عن إرادة صحيحة فلا يقبل بعده
التمسك بأنه أبرم تحت تأثير عيب من عيوب الإرادة " .

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢)

٥. إثبات الغلط :

المتعاقد الذى يدعى الغلط هو الذى يتحمل إثبات وقوعه فى الغلط وغلط الطرف الآخر أو علمه بالغلط أو استطاعته هذا العلم . وهذه كلها وقائع مادية تثبت بجميع طرق الإثبات . ومما ييسر الإثبات أن يكون التعاقد قد أشار فى العقد إلى الاعتبارات التى دفعته إلى التعاقد ، كالباعث مثلا ، على ألا تكون هذه الإشارة بمثابة شرط فى العقد يبين ما يلتزم به المدين ، إذ أن تخلف مثل هذا الشرط لا ينطوى على غلط . فإذا لم يستطع المدعى الذى وقع فى الغلط أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان مشتركا فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه فلا يجوز إبطال العقد . وفى هذه الحالة يكون الشارع قد أقام العقد على الإرادة الظاهرة تحقيقا لاستقرار التعامل^(١) .

والإثبات هنا ليست مسألة سهلة ، لأن الإثبات هنا ينصب على أمر نفسى إن لم تؤيده وقائع مادية فلن ينجح مدعى الغلط فى إثبات ما يدعيه ، وهذا ما يقع كثيرا فيبقى العقد قائما . وهكذا يكون عبء الإثبات وسيلة فعالة إلى تقليل الحالات التى يمكن فيها إبطال العقد للغلط^(٢) .

(١) الدكتور عبد المنعم الصده مصادر الالتزام ١٩٨٦ ص ١٩٤ وما بعدها .

(٢) الدكتور أحمد حُصمت أبوسَيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد

لكتاب الأول مصادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ١٥٣ - عبد

المنعم الصده ص ١٩٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن جاز طبقا للمادة ١٢٠ من القانون المدني للمتعاقد

الذى وقع فى غلط جوهري أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، إلا أن ثبوت واقعة الغلط هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٣/٢/١٩٧٣)

٢- (أ) " يجب فى تفسير العقد أعمال الظاهر الثابت به ، ولايجوز العدول عنه إلا إذا ثبت مايدعو إلى هذا العدول ، وإذا كان ادعاء المطعون عليه وقوع الغلط فى تحديد الأجرة المثبتة بعقد الإيجار بإعماله التخفيض الوارد بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ يستلزم - وعلى ما نصت عليه المادة ١٢٠ من القانون المدني - أن يثبت إما أن المتعاقد الآخر اشترك معه فى الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، وكانت القرائن التى ساقها الحكم المطعون فيه لا تودى إلى ذلك ، فإنه إذ قضى بتحديد أصل الأجرة على خلاف ما ورد صريحا بالعقد يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(ب) " إذا كان الطاعن - المستأجر - قد قدم للتكليف على انتفاء حدوث الغلط المدعى به - فى تحديد أجرة الشقة المبينة بعقد الإيجار - قرار اللجنة المختصة الصادر بتقدير إيجار شقته

والخطاب الذى أرسله إليه المطعون عليه - المؤجر - بقبول هذا التقدير ، وكذلك الكشف الرسمى المتضمن أن ليجار هذه الشقة أصبح بعد تخفيضه بنسبة ٣٥% مبلغ بما يفيد أن أصل الأجرة التى أنزل عليها هذا التخفيض هو مبلغ ... وهى الأجرة المتفق عليها صراحة بعقد الإيجار ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يناقش هذه المستندات مع ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة فى الدعوى ، فإنه يكون مشوباً بالقصور . "

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢١)

٣- " من المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن ثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية تستقل محكمة الموضوع بتقدير الأدلة فيها وأن تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع التى لها أن تأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة دون ما حاجة للرد على ما لم تأخذ به معها طالما قام حكمها على أسباب سائغة ومادام هذا التقدير لاخروج فيه على الثابت بالأوراق . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أورد فى مدوناته أسباباً موضوعية سائغة تكفى لحمل قضائه بأن المطعون عليه لم يكن يعلم عند الزواج أن الطاعة تُبى مما لا تجوز المجادلة فيها أمام محكمة للنقض ، ولا يعيبه بعد ذلك أنه لم يرد على القرائن التى ساقها للطاعة للتدليل على ذلك العلم ، فيكون للنعى - عليه بالقصور فى التسبيب - على غير أساس . "

(طعن رقم ١٦ لسنة ٤٣ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/١١/١٩)

٤- " إدعاء المؤجر بوقوعه فى غلط فى القانون عند تحديد الأجرة بأقل من الأجرة القانونية بما يترتب عليه بطلان العقد بشأنها بطلانا نسبيا يستلزم وعلى ما نصت عليه للمادتان ١٢٠ ، ١٢٢ من القانون المدنى أن يثبت اشتراك المتعاقد الآخر معه فى هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ويقع على المؤجر عبء إثبات وقوعه فى الغلط واتصال المتعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات القانونية لما كان ذلك وكان دفاع للطاعة المستأجرة أمام محكمة الموضوع قد قام على نفى وقوع الغلط المدعى به لخلو العقد من بيان القوانين المنطبقة عليه إلا أن الحكم المطعون فيه الذى أيد الحكم الابتدائى لأسبابه بعد أن أثبت وقوع المؤجر فى غلط فى القانون عند تحديد الأجرة رتب على ذلك إبطال الاتفاق على القيمة التى حددها الطرفان للأجرة فى العقد دون أن يتحقق من اتصال الطاعة " المستأجرة " بهذا الغلط على أى وجه من الوجوه مما مفاده أن الحكم قد اكتفى بثبوت الغلط الفردى فى جانب المطعون ضده وأعمل أثره على العقد بإبطاله الأمر الذى يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٧٦٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٩)

٥- " لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه وقع فى غلط جوهري إذ توهم أنه اختص فى عقد القسمة المؤرخ .. الذى أبرمه مع أخيه للمطعون ضده بمساحة ٧٨ ،

١٧٧ مترا مربعا وأنه لو كان يعلم أن ما يزيد على خمسين مترا من هذه المساحة يتداخل في طريق عام يحدها من الناحية البحرية لأحجم عن إبرام العقد ، كما تمسك بأن قسيمه كان عالما بوقوعه في ذلك الغلط ، وأنه دلس عليه بأن سككت عمدا عن تلك الواقعة حتى يتردى هو فيما شاب إرادته من غلط ، ودلل على صدق ما يقول بما أقر به المطعون ضده نفسه في محضر الاستجواب المؤرخ... من أن ذلك الطريق كان مقاما منذ أمد طويل حده الخبير المندوب من محكمة الاستئناف بمدة تزيد على خمسين عاما وأورد أنه يقتطع من نصيب الطاعن مساحة ٥٨,٥٠ مترا مربعا ، وإذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه لم يعن بتمحيص هذا الدفاع الجوهري ، وأقام قضاءه برفض الدعوى (دعوى الطاعن بإبطال العقد) على ما قاله الحكم الابتدائي من أن الطريق الذي يتداخل فيه نصيب الطاعن أنشئ بعد تحرير عقد القسمة بأربع سنوات ، فإنه فضلا عن مخالفة الثابت في الأوراق يكون مشوبا بقصور يبطله .

(طعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٧)

مادة (١٢١)

١- يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجساماة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط .

٢- ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص :

(أ) إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية .

(ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد .

الشرح

٦- المقصود بالغلط الجوهري :

الغلط الذى يعيب الإرادة هو الغلط الجوهري .

والمقصود بالغلط الجوهري ، الغلط الذى يبلغ فى تقدير المتعاقد

حدا من الجساماة لو تكشف له لامتنع عن إبرام العقد . أى يقوم

على تقدير المتعاقد لأمر معين يبلغ فى نظره درجة من الأهمية

تكفى لأن تجعله يقدم على التعاقد إن وجد ويحجم عن التعاقد إن تخلف .

وعلى ذلك فإن ما يعتبر غلطا جوهريا بالنسبة لمعاقد ، قد

لايعتبر كذلك بالنسبة لمعاقد آخر .

والبحث يجب أن يتجه إلى المتعاقد الذى يتمسك بالغلط لمعرفة حالته النفسية وظروفه الخاصة ، فإذا تبين أن الاعتقاد الخاطئ الذى قام فى ذهنه كان هو العامل الحاسم فى إبرام العقد ، بحيث ما كان ليبرمه لو لم يقع فى هذا الاعتقاد ، فإن العيب يكون جوهريا ، والإرادة تكون معيبة ، على أنه يلاحظ أن الأخذ بالمعيار الذاتى يقتضى البحث عن نية المتعاقدين لمعرفة مدى الأهمية التى يعلقها المتعاقد على الأمر الذى انصب عليه الغلط . وقد يصعب الوصول إلى هذه النية فى بعض الصور .

ولذلك فإن الشارع فى بعض الحالات يقرن هذا المعيار الذاتى بضوابط موضوعية تساعد على تبين نية المتعاقدين .

وقد أعطى المشرع مثلين على الغلط الجوهري بهذا المعنى هما الغلط فى صفة جوهريّة فى الشئ محل العقد ، والغلط فى شخص المتعاقد^(١) .

ويضيف الفقه الحديث إلى هذين المثالين ، الغلط فى القيمة والغلط فى الباعث . يضاف إلى هذه الأمثلة للغلط فى الواقع ، مثال آخر هو الغلط فى القانون وقد نص المشرع عليه صراحة كما سنرى فى شرح المادة ١٢٣ .

(١) عبد المنعم الصده ص ١٨٨ - سبيل تتأغو ص ٥٠ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " جرى قضاء هذه المحكمة على أنه يشترط لإبطال العقد للغلط سواء كان في الواقع أو في القانون أن يكون جوهريا ، أى أن يكون هو الذى دفع إلى التعاقد " .

(طعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩)

٢- " المقرر وفقا للمادتين ١٢٠ ، ١٢٥ من القانون المدنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط جوهرى أو وقع عليه تدليس الحق فى طلب إبطال العقد وهو حق يتوافر به شرط المصلحة الحالة اللازمة لقبول الدعوى " .

(طغان رقما ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣)

٧- أمثلة الغلط الجوهري الواردة بالمادة وتلك التى أضافها الفقه :

(أ) الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ :

الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ ، ليس هو الغلط فى ذات الشئ ، فهذا هو الغلط المانع الذى يحول دون انعقاد العقد كما ذكرنا سلفا .

ومثال الغلط فى صفة جوهرية للشئ محل العقد شراء تمثال من محل للعاديات على أنه تمثال أثري ويتبين أنه تمثال مقلد . وشراء قماش على أنه قابل للغسيل ثم تبين غير ذلك .

وببيع أرض على أنه يحدها من الناحية البحرية شارع ثم يتبين أن الأرض محصورة من جميع الجهات . وعلى عكس هذه الأمثلة لا يعتبر غلطاً جوهرياً أن ينكر بيان خطأ في حدود الأرض المبيعة، إذا كانت هذه الأرض قد حدثت بطريقة أخرى نافية للجهالة .

وفى هذه الحالة يقع على عاتق المشتري إثبات الغلط الدافع إلى التعاقد ، وأن البائع كان يظن مثله أن الشيء هو الذى أراد التعاقد عليه ، وأن هذه الصفة هي التى دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء خلو من الصفة المطلوبة، وكان مع ذلك يعلم أو من السهل عليه عليه أن يعلم أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء كما أراد .

وقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف . ففي مثال شراء التمثال يكون من القرائن ارتفاع الثمن إلى درجة لاتجعل قيمة الشيء المقد مناسباً بناتاً مع هذا الثمن ، وكذلك المهنة التى لاتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار فى الأشياء الأثرية ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الوفاء لتفاهق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين فهو بهذه المثابة تصرف قانونى يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية فلا بد من تراضى الطرفين على وفاء الالتزام .

ويشترط في هذا التراضي أن يكون خاليا من عيوب الإرادة فإذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلا للإبطال .

فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت في حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة أن الموفى ما قبل الوفاء إلا لاعتقاده بأن الدين الذي أوفى به حال بحكم نهائي وأنه تبين بعد ذلك عدم تحقق هذه الصفة في الدين فإن الموفى يكون قد وقع في غلط جوهري بشأن صفة من صفات الدين للموفى به كانت أساسية في اعتباره إذ لولا هذا الغلط ما كان الوفاء . فإذا كان الموفى له على علم بهذا الغلط الدافع إلى الوفاء فإن من شأن هذا الغلط أن يؤدي إلى إبطال الوفاء متى طلب الموفى ذلك وأن يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل حصوله ومن ثم يلتزم الموفى بأن يرد المبلغ الذي قبضه " .

(طعن رقم ٣٧٩ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠)

(ب) الغلط في شخص المتعاقد :

قد يكون الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته الجوهرية ، وكان ذلك هو السبب الرئيسي في التعاقد .

ومثال الغلط في شخص المتعاقد . أن يهب شخص آخر مالا ، اعتقادا منه بأنه ابن صديق عزيز عليه قد مات ، ثم يتضح أنه ليس كذلك . أو يوكل شخص للدفاع عن نفسه في قضية شخصا معينا ،

اعتقاداً منه بأنه المحامي الكبير المشهور ثم يتضح له بعد ذلك أنه مجرد سمي له .
أو يهب شخص لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعى ثم يظهر عدم صحة ذلك .

ومثال الغلط فى صفة من صفات الشخص الجوهرية ، أن يعهد شخص إلى آخر بتشديد دار يزمع بناءها ، معتقداً أنه مهندس مشهور ، ثم يثبت له بعد ذلك أنه ليس على نحو ما اعتقد^(١).

وفى هذه الحالة يجب لإبطال العقد للغلط أن يثبت المتعاقد إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن المتعاقد الآخر كان يشاطره الاعتقاد بالشخصية أو الصفة، وإن هذا كان هو الدافع إلى التعاقد، أو أنه يعلم بوقوع المتعاقد الآخر فى الغلط أو أنه من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك حتى ولو لم يتبينه بالفعل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تقرير الحكم بأن الصفة التى اتخذها أمين النقل فى التعاقد من أنه مالك لسيارات وعربات أجرة لم تكن صفة جوهرية يترتب على عدم توافرها إبطال العقد هو تقرير موضوعى " .

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٩)

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٩٩.

٢- إذا كان المطعون عليه وإن لم يدرج اسمه فى نقابة المهن الهندسية وقت تعاقدده مع الطاعة مصرحا له بمزاولة مهنة مهندس معمارى فإنه لا يكون ثمة غلط وقعت فيه الطاعة فى شخصية المطعون عليه أو صفته يجيز لها طلب إبطال العقد .

(طعن رقم ٢٢١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٦)

(ج) الغلط فى القيمة :

ومثل ذلك أن يعتقد الشخص أن منزله يساوى خمسين ألف جنيه فباعه بهذا المبلغ ثم اتضح له أنه يساوى مائة ألف جنيه فإذا أراد البائع طلب الإبطال للغلط وجب عليه إثبات أن المشتري كان يجهل مثله أن قيمة المنزل مائة ألف جنيه أو أنه مع علمه بهذا الثمن ، كان يعلم أو يسهل عليه أن يعلم بجهل البائع لذلك .

والفرق بين الغلط فى القيمة والغبن ، أن الغبن يتحقق حتى ولو كان المتعاقد المغبون على بينة من قيمة الشئ . بينما يشترط فى الغلط ألا يكون المتعاقد على بينة من ذلك بل وقع فى غلط بهذا الخصوص (١) .

(١) سمير تناغو ص ٥٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) " الغلط في تحديد الفئة الإيجارية يبطل العقد فيما زاد عن حدها للمسموح به قانونا ، ويكون دفعه بغير حق يوجب استرداده باعتباره إثراء على حساب الغير ، دون اعتبار لاستمرار عقد الإيجار " .

(ب) " إذا كان الحكم المطعون فيه قد حجب نفسه عن بحث ما إذا كانت الفئة الإيجارية المحددة بعقد الإيجار من الباطن تطابق أولا تطابق ما يوجبه القانون ، فيرد عليها التخفيض أولا يرد وبالتالي يثبت أو ينفي وقوع الطاعة في غلط في تحديد الفئة الإيجارية ، لنقول كلمتها في ذلك بما قد يتغير معه وجه الرأي في الدعوى وفي طلب استرداد فرق الأجرة ومبلغ التأمين كذلك باعتباره مرتبطا في تقديره بالفئة الإيجارية الواردة بالعقد فإن الحكم المطعون فيه يكون قاصر البيان " .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١١/٣/١٩٧٤)

٢- " المقرر وفقا للمادتين ١٢٠ ، ١٢١ من القانون المدني أن للمتعاقد الذى وقع في غلط جوهرى في قيمة الشئ أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه " .

(طعنان رقما ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٣/٦/١٩٩٧)

(د) الغلط فى الباعث :

مثال الغلط فى الباعث أن يبيع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه فى مرض الموت ثم شفى ، فإنه يكون للبائع فى هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشتري كان يعتقد أنه فى مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفع المريض إلى البيع وقد تقوم تقاها الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك ^(١).

٨ - أثر الغلط :

إذا توافرت شروط الغلط - بالتفصيل السابق - فإن هذا الغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال شأنه فى ذلك شأن باقى عيوب الرضا ، وسنعرض لذلك تفصيلاً فى موضعه :

ووقوع المتعاقد فى غلط وتحقق شروط إعمال هذا الغلط مسألة من مسائل الواقع ، يستقل قاضى الموضوع بتقديرها . دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، مادام تقديره قد قام على مقومات سائغة تبرره . شأن الغلط فى ذلك شأن غيره من عيوب الرضاء الأخرى .

والقضاء بإبطال العقد تأسيساً على الغلط لا يمنع القاضى من الحكم ، زيادة عليه ، بالتعويض لمن وقع ضحيته ، إذا ناله ضرر لم يصلح الإبطال فى رفعه عنه ، وكان هذا الضرر ناجماً عن خطأ

(١) السنهورى ص ٢٥٩ .

ارتكبه الطرف الآخر وأدى بالأول إلى أن يجئ رضاؤه مشوباً بالعيب المبطل ، كما إذا علم بوقوعه فى الغلط ، فلم ينبهه إليه ، متجافياً فى ذلك مع مقتضيات الشرف ونزاهة التعامل . وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، ولنظرية الخطأ عند تكوين العقد^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يجوز القضاء ببطلان العقد إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعاً فى غلط ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد ، ويجوز مع القضاء ببطلان العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه إضرار بأحد المتعاقدين ، ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية فى جانب المتعاقد الآخر الذى تسبب بخطئه فى هذا الإبطال " .

(طعن رقم ١٣٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٢)

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٢٠ ومابعدهما .

مادة (١٢٢)

يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقصد القانون بغيره .

الشرح

٩- المقصود بالغلط في القانون :

الغلط في القانون هو ذلك الذي ينصب على حكم القانون بالنسبة إلى أمر من أمور التعاقد . بأن يعتقد الطرفان أو أحدهما أن القاضى يقضى فى ذلك الأمر بحكم معين ، فى حين أنه يقضى فى الحقيقة بحكم مخالف . ومثال ذلك أن تموت امرأة دون أن تحلف عقبا . فيعتقد زوجها أن القانون يفرض له فى تركتها الربع ، ويبيع حصته فيها مدفوعا بهذا الاعتقاد . وهو اعتقاد خاطئ ، إذ أن القانون هنا يفرض للزوج نصف تركة زوجته . وليس ربعها فحسب .

أو أن يشتري شخص قطعة أرض معتقدا أن القانون يمنحه حق البناء عليها ، حالة كونه فى الحقيقة يحظره .

أو أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعى لاعتقاده أنه دين مدنى يجبر على الوفاء به ، ثم يتضح له أنه دين طبيعى لا جبر عليه فى تنفيذه .

أو يهب شخص مالا لمطلقة معتقدا أنه استردها إلى عصمته وهو يجهل أن الطلاق الرجعى يصبح طلاقا بائنا بانتهاء العدة فلا تعود إلى عصمته إلا بعقد جديد .

١٠- حكم الغلط فى القانون :

تنص المادة - كما رأينا - على أن يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره .

ومعنى ذلك أن الغلط فى القانون لا يعتبر من عيوب الإرادة إلا إذا كان جوهريا بالمعنى السابق ذكره . وقد يتعلق بصفة جوهرية فى الشئ أو بشخص المتعاقد أو بالقيمة أو بالبائع .

فالشخص الذى يتعهد بالوفاء بالتزام طبيعى معتقدا أنه التزام مدنى ، يكون فى حالة غلط جوهرى فى القانون متعلق بصفة جوهرية فى الشئ . والشخص الذى يهب مالا لمطلقة معتقدا أنها لا تزال فى عصمته ، بينما هى فى الواقع لم تعد كذلك بانقضاء فترة العدة وصيرورة الطلاق بائنا ، يعد فى حالة غلط جوهرى يتعلق بصفة من صفات المتعاقد الآخر .

ويذهب رأى فى الفقه إلى أن الإبطال للغلط فى القانون لا تعارض مع قاعدة أن " الجهل بالقانون ليس بعذر " وبالتالى فإن الإبطال للغلط فى القانون ينطبق بالنسبة للقواعد الأمرة التى تتعلق

بالنظام العام والقواعد الجنائية ، لأن قاعدة " الجهل بالقانون ليس
بعذر " يراد بها أن أحدا لا يستطيع أن يحتج بجهله قانونا معينا كي
يستبعد تطبيق هذا القانون عليه أما في أعمال الغلط في القانون فإن
القاعدة القانونية تنطبق في حق المتعاقدين سواء علما بها أو لم
يعلمها (١).

فإذا أقدم شخص على إبرام عقد معين وهو يجهل قواعد القانون
بشأن أمر من أمور التعاقد ، فلا يمكن اعتبار رضائه سليما . فمن
يتعهد بدفع دين طبيعي وهو يجهل حكم القانون في الالتزام الطبيعي
من أنه لا يجبر في تنفيذه ، فإن رضائه بالتعهد يعد غير سليم أى
معيبا ، ولا يمكن الاحتجاج بأن الشخص لايعذر بجهله بأحكام

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣١٩ هامش (١) - عبد المنعم للصدّه ص
١٩٥ ومابعدّها - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٣٩٠ -
سمير نتاغو ص ٥٣ - جلال على العدوى ص ١٧٠ ومابعدّها - حلمي
بهجت بنوى أصول الالتزامات الكتاب الأول في نظرية العقد ١٣٦٢
هـ - (١٩٤٣) ص ١٩٦ - وعكس ذلك أحمد حشمت أبو ستيت ص
١٥٦ ومابعدّها - السنهوري ص ٢٥١ ومابعدّها - فيذهبان إلى أنه
يخرج عن نطاق قاعدة الإبطال للغلط القواعد القانونية الأمرة ومنها
قواعد القانون الجنائي التي لا يحتج فيها بالجهل بالقانون . على أن يرد
الغلط على ذات القاعدة الأمرة ، أما حيث يتصل للغلط بحكم لا يتضمن
في ذاته خروجا عليها فإنه يجوز الادعاء به .

القانون ، فالمتعاقد فى مثلنا هذا لا يطالب باستبعاد حكم القانون (عند مطالبته بإبطال العقد للغلط فى القانون) وإنما يطالب بتطبيق حكم القانون عليه ، حيث يطالب بإبطال التعهد لأن رضائه به لم يكن سليما بسبب جهله لحكم القانون . ويستوى بعد ذلك أن يكون الغلط فى القانون قد انصب على قاعدة أمر أو قاعدة مكملة .

وعلى ذلك لا يستطيع شخص أن يدعى بالغلط بالنسبة للقاعدة التى تقضى بعدم إمكان زيادة الفائدة على ٧% لإبطال عقد قرض عقده وهو يجهل أن الحد الأقصى للفائدة هو ٧% فقط . لأن هذا الحد الأقصى من النظام العام فلا عذر له إن هو جهله . ولكنه على العكس من ذلك يستطيع أن يطعن بالغلط إن وجهل النصيب الذى تقرره قواعد الميراث ليبطل تخارجا عقده ، أو إذا كان يجهل أن الطلاق الرجعى ينقلب إلى طلاق بائن إن لم يراجع زوجته أثناء العدة ليبطل الهبة التى وهبها لها بعد انقضاء عدتها وهذا رأى هو الذى أخذته به منكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها :

" قصد المشروع من نص للمادة ١١٦٩ إلى للقضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط فى القانون فكثيرا ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استنادا إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون .

والواقع ، أن نطاق تطبيق هذه القاعدة ، لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية ، أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق ، فيكون للغلط

فى القانون ، متى ثبت أنه جوهرى ، شأن الغلط فى الوقائع ، من حيث ترتيب البطلان النسبى ، ما لم يقصد القانون بغير ذلك ، كما هى الحال مثلا فى عقد الصلح . وقد جرى القضاء المصرى على ذلك (أنظر استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ ب ٢٧ ص ٣٤٤ و ٥ فبراير سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٢٠٤ و ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ ب ٣١ ص ٢٢ ، عكس ذلك : أنظر المادة ٩٥٧ من التقنين الأرجنتينى^(١) .

وبهذا رأى أخذت محكمة النقض إذ جرى قضاؤها على أن :

١-(ب)- " إذا كانت المطعون عليها قد أسست دفاعها على أنها وقعت فى غلط فى القانون عند تأجيرها شقتى النزاع فى تاريخ سابق على العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ إذ اعتقدت أن المبنى يخضع لأحكام التخفيض المقررة بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ لبدء إنشائه فى ظله وقامت بتخفيض الأجرة المتفق عليها وفقا للنسب المحددة به وهى ١٥% وكان المقرر وفقا للمادتين ١٢٠ ، ١٢٢ من القانون المنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط فى القانون أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان جوهريا ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، وكان للحكم المطعون فيه لم يعتد بما أجراه المتعاقدان من تخفيض على الأجرة المتفق عليها على سند من وقوعهما فى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٥٩ .

غلط فى القانون نتيجة إعمالها قواعد التخفيض المقررة بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ رغم عدم سريان أحكامه، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه سائعا فى التلليل على أن الاتفاق على تخفيض الأجرة المتعاقد عليها لم يكن من قبيل التحايل على القانون وإنما جاء وليد الغلط فيه ومن ثم يقع باطلا وتكون الأجرة قبل تخفيضها هى للمتعين اتخاذها أساساً للتخفيض المقرر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ .

(ب) - " إذا كان الثابت أنه لا أساس لما يتمسك به الطاعن من عدم جواز الدفع بالجهل بالقانون لأن الأمر فى الدعوى لا يدور حول وقوع مخالفة لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام التى يفترض علم كل شخص بها ومن ثم لا يجوز تبريرها بالجهل بهذه القاعدة وإنما يقوم على أساس إعمال قاعدة قانونية خطأ فى غير مجال تطبيقها وهو ما يخضع لقاعدة الغلط فى القانون المنصوص عليها فى المادة ١٢٢ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٧)

٢- (أ) - " المقرر فى قضاء هذه المحكمة وفقا للمادتين ١٢٠،

١٢٢ من التقنين المدنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط فى القانون أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان جوهريا ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو من السهل عليه أن يتبينه " .

ب- " لئن كان يجوز الاتفاق على أجرة تقل عن الأجرة القانونية ولا يعد ذلك مخالفة للنظام العام ، إلا أنه يعد من قبيل العيب الذى يشوب إرادة العاقدین أن يثبت أن هذا الاتفاق كان وليد غلط فى تبين القانون الواجب التطبيق تحققت فيه الشرائط ، وما يجوز معه للمتعاقد طلب إبطاله " .

(طعن رقم ٨٤٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣)

١١- يشترط لإبطال العقد أن تكون القاعدة القانونية ليست محل خلاف :

القاعدة القانونية التى يجيز الغلط فيها طلب الإبطال ، هى تلك القاعدة التى تكون ليست محل خلاف .

أما الغلط فى قاعدة مختلف فيها ، بحيث يؤدى إلى ترجيح رأى على آخر خطأ ، فلا يعتبر غلطاً فى القانون يجيز طلب الإبطال^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لايجوز للاحتجاج على فساد الرضا التمسك بأنه بنى على حصول غلط فى القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع فى حكم منصوص عليه صراحة فى القانون أو مجمع عليه من القضاء .
فإذا حرر أحد منكوبى حريق حدث بقطار سكة حديد الحكومة

(١) المنهوى ص ٢٥٢ هامش (١) - عبد المنعم الصده ص ١٩٧ .

إقراراً بأنه استلم من خزانة المديرية ١٥٠ جنيتها بصفة إحسان ،
ولأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفها هذا أى حق فى مطالبتها
بشيء ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط فى القانون . والحكم
الذى يعتبره كذلك مستنداً إلى أن المقر كان حين الإقرار يعتقد أن
مصلحة السكة الحديد غير مسؤولة عن الحادث ، وأنه إذن يكون قد
تنازل عما كان يعتقد أنه لاحق له فيه ، هو حكم مخالف للقانون
متعين نقضه . وذلك لأن الأمر الذى يحتمل أنه كان يجهله صاحب
الإقرار هو المسؤولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل فى تنظيم
المصالح الحكومية أو سوء إدارتها ، وهذه المسؤولية لا سند لها فى
القانون المصرى بنص صريح فيه أمر بإجماع من جهة القضاء ،
فجهلها إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد رضا المقر ،
ويتعين بالتالى إعمال الإقرار وأخذ صاحبه به " .

(طعن رقم ٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٢)

١٢- الاستثناءات على مبدأ طلب الإبطال لغلط فى القانون :

رأينا أن المادة ١٢٢ تنص على أن : " يكون العقد قابلاً
للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شرط الغلط فى الواقع
طبقاً للمادتين السابقتين هذا ما لم يقض بغير ذلك " .

ومفاد ذلك أنه يجوز بنص فى القانون استثناء بعض العقود من
إبطالها لغلط فى القانون .

ومثال ذلك ما تنص به المادة ٥٥٦ مدنى من أنه : " لايجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون " .

(أنظر فى التفصيل المجاد السابع عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة) .

ومن هذه الاستثناءات أيضا ما يمكن الوصول إليه ، تفسيراً للمادة ٢٢٧ من التقنين المدنى ، من أنه إذا اتفق على فائدة تزيد على الحد القانونى ، اعتقاداً من أحد الطرفين أو كليهما بأنها داخلة فيه ، فإن الجزاء لا يكون فى إبطال العقد ، وإنما فى إنقاص الفائدة إلى الحد القانونى فحسب . وكذلك الشأن إذا أبرم إيجار شئ مما يخضع للتشريع الإيجارى الاستثنائى بأجرة تزيد على الحد القانونى ، اعتقاداً من المؤجر عن خطأ أن هذا الشئ لا يخضع لذلك التشريع أو أن الأجرة المتفق عليها تتخل فى النصاب القانونى ، فلا يكون هنا للمؤجر أن يطلب إبطال الإيجار للغلط ، إذا تمسك المستأجر بالامتداد القانونى للإيجار ، وإنما تنقص الأجرة إلى الحد القانونى . وسند هذا الحكم أن القانون يحدد تحديداً حصرياً الأحوال التى يجوز فيها إخلاء العين المؤجرة من المستأجر ، وليس من بينها إبطال العقد لغلط فى القانون .

وإذا امتنع ، استثناء من الأصل العام المقرر بمقتضى المادة
١٢٢ ، التمسك بالغلط فى القانون . فإنه يمتنع بالضرورة التمسك
بالغلط فى الواقع الذى يودى هو إليه (١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٢٠ .

مادة (١٢٣)

لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط .

الشرح

١٢- الغلط فى الحساب وغلطات القلم :

الغلط الذى يفسد الرضاء ويعيب الإرادة ويكون سببا لإبطال العقد ، هو الغلط الجوهرى على نحو ما تناولناه بالمادتين ١٢٠ ، ١٢١ لأن المتعاقد لو علمه ما أبرم العقد ، أما الغلط فى الحساب فإنه لا يبطل العقد بل يبقى العقد صحيحا ولكن يتعين تصحيح الحساب اتفاقا أو قضاء وكذلك فإن غلطات القلم لا تبطل العقد مثلها تماما مثل الغلط فى الحساب ، ويجب تصحيح هذا الغلط اتفاقا أو قضاء .

ومثال الخطأ فى الحساب أن يبيع شخص لآخر ٥ أفدنة بسعر ٥٠٠ جنيه للفدان ثم يذكر أن مجموع الثمن المستحق على المشتري ألفا جنيه ، بدلا من ألفين وخمسمائة جنيه ، أو أن يدفع المشتري من هذا الثمن ألف وخمسمائة جنيه ويتبقى عليه ألف جنيه ، فيذكر فى العقد العكس^(١) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٢٤ .

ومثال غلطات القلم أن يذكر بالعقد اسم أحد المتعاقدين، وكان ظاهرا أن المقصود هو المتعاقد الآخر ، فإن هذا الخطأ يصحح ويوضع الاسم الصحيح مكان الاسم الخاطئ .

إنما لا يدخل فى هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من ختم آخر لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن الخطأ ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف المادة ١/١٤ من قانون الإثبات التى تقضى بأن يعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء أو ختم أو بصمة .

والغلط فى الحساب وغلطات القلم يجمعها أنها مجرد خطأ مادى فى العقد ، يقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة ذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد . إذ الفرض أن الرضاء قد قام على الأساس الصحيح ، ولكن وقع غلط بعد ذلك فى الحساب أو فى تحرير العقد . فالغلط المادى لا يعدو أن يكون مظهرا غير صحيح لرضاء هو فى ذاته سليم .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يواجه النص حكم الغلط المادى . كالخطأ فى الكتابة أو فى الحساب . وهو غلط غير جوهري لا يؤثر فى صحة العقد . وإنما يجب تصحيحه . ويسرى هذا الحكم على العقود بوجه عام . وعلى

عقد الصلح بوجه خاص . إذ أن للتقنين الحالي يختصه بالنص دون غيره^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كانت المحكمة قد تبينت من واقع الدعوى أن التابع الذى هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقى عندها إرادة المشتري مع إرادة البائع وأن ما جاء بالعقد خاصا بحدود العين قد شابه غلط فى حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر فإنها لا تكون مخطئه إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادى الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الغلط المعنوى الواقع حال تكوين الإرادة المفسدة للرضا " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٦ ق جلسة ١٦/١٢/١٩٤٧)

١٤- قد يؤدى الخطأ المادى إلى غلط آخر يشوب الرضا :

إذا كان الخطأ المادى لا يؤثر فى الرضاء ولا يمس صحة العقد ، إلا أنه قد يجر إلى غلط آخر يشوب الرضا ويجعل العقد قابلا للإبطال . ومثال ذلك أن يعمد شخص إلى حساب قيمة تكلفة السلعة حتى يحدد ثمن بيعها فيخطئ الحساب ، ويصل إلى تقدير سعر لبيع السلعة ، فى حين أنه ما كان ليقبل البيع به ، لو أنه لم يخطئ ، فى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٦٥ .

مثل هذه الحالة يؤدي الغلط في الحساب إلى الوقوع في غلط يشوب
الرضاء ، وهو غلط في قيمة الشيء . ومؤدى هذا الغلط الأخير أن
يجعل العقد قابلا للإبطال ، مادام هو جوهريا ، ومتصلا بالمتعاقد
الآخر ^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٢٤ وما بعدها .

مادة (١٢٤)

١- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية .

٢- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد .

الشرح

١٥- **عدم التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية :**

استحدث الشارع نص المادة ١٢٤ فى التقنين المدنى الجديد، فخفض به من حدة الطابع الذاتى فى الغلط .

ويبين من الفقرة الأولى من هذا النص أن حق التمسك بالغلط يصبح غير جائز إذا كان يتعارض مع مقتضيات حسن النية .

ويراعى أنه ليس يقصد بحسن النية ، حسن النية المقابل لسوء النية ، بل يقصد به نزاهة التعامل^(١) . وهذا النص تطبيق خاص

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٥٨ - وقد قرر الدكتور بغدادى حال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (محضر الجلسة التاسعة) : " وقد اختار المشرع هذا النص من نص المادة ٢٥ من قانون الالتزامات المومىرى لأنه أظهر وأوضح من النص البولونى وليس المقصود هنا بحسن النية حسن النية الذى يتعارض مع سوء النية

لنظرية إساءة استعمال الحق ، إذ لايجوز لمن له الحق فى طلب
إبطال العقد للغلط أن يتشبث به إذا كانت علة تمسكه به قد زالت
بحصوله على ما كان يبغي من تعاقدّه . فلو أن شخصا قبل حوالة
حق لم يحل موعد استحقاقه لاعتقاده أنه مضمون برهن ، ثم تبين
له أن المنزل المرهون كان قد احترق ، فعرض عليه المحيل أن
يرتب رهنا على عقار له ضمانا للوفاء بالحق المحال ، فإن هذا
الشخص لايجاب إلى طلب الإبطال ، لأن هذا الطلب يتعارض
حينئذ مع ما يقضى به حسن النية ^(١).

أو أن يشتري شخص ساعة من ماركة معينة ، اعتقادا منه أنها
من الذهب الخالص حالة كونها من النحاس ، فيصر على التخلص
من الصفة كالية ، برغم أن البائع يعرض عليه الثمن الذى دفعه
كاملا .

ولما كان النص المذكور تطبيقا من تطبيقات نظرية عدم جواز
التعسف فى استعمال الحق ، فإنه لايجوز التمسك بالإبطال إذا كان
من شأنه تحقيق مصلحة غير مشروعة ، كما لو وقع الغلط فى عقد
عمل بشأن ديانة العامل أو نشاطه النقابى فأبرم رب العمل العقد

وإنما المقصود به نزاهة التعامل ... إلخ (مجموعة الأعمال التحضيرية
ج ٢ ص ١٦٩) .

(١) عبد المنعم لصدّه ص ١٩٧ - المنهورى ص ٢٦٠ .

معتقدا أن العامل من دين معين أو ليس له نشاط نقابي فأتضح له خلاف ما اعتقد . ذلك أن إبطال العقد هنا يتعارض مع مقتضيات النظام العام ، أى يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ^(١).

١٦- تطبيق هام وارد بالفقرة الثانية من المادة :

أوردت الفقرة الثانية من النص تطبيقا هاما للمبدأ الذى تنص عليه الفقرة الأولى منه ، إذ قضت بأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط يبقى ملزما بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدادا لتنفيذ هذا العقد . وذلك لأن علة الحق فى طلب الإبطال أن التعاقد لو تبين الأمر على حقيقته ما تعاقد . فإذا زالت هذه العلة فلا وجه للتمسك بالإبطال . ففى مثال شراء الساعة سالف الذكر ، إذا عرض البائع على المشتري الساعة الذهبية التى كان يبتغيها من تعاقدته فإن هذا الشخص يظل مرتبطا بعقد البيع ^(٢).

(١) رمضان أبو السعود وهام محمد محمود ص ٣٩٣ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٩٨ وجاء بتقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن مشروع المادة : " قررت أغلبية اللجنة بقاء المادة على أصلها مع ملاحظة أن الفقرة الأولى تتضمن قاعدة عامة والفقرة الثانية إن هى إلا تطبيق لها وهذه المادة تقابلها المادة ٢٥ من قانون الائتمانات السويسرى إلخ " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٩) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

١- " أبيع لمن وقع فى الغلط أن يطلب بطلان العقد ، لأنه ما كان ليتعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديرا معقولا ، تلك علة حق التمسك بالبطلان ، وهى بذاتها مرجع حدوده ، فمتى كان من المحقق أن التعاقد قد أراد أن يبرم عقدا ، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد بصرف النظر عن الغلط . مادام أن التعاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشتري شيئا معتقدا خطأ أن له قيمة أثرية ، مرتبطا بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء ، الذى انصرفت نيته إلى شرائه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع فى تحويل العقود، كما سيأتى بيان ذلك .

٢- وقد أخذ المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسرى (م ٢٥) على أن هذا التقنين قد بدأ بالنص بصيغة عامة على عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقتضيه حسن النية ، ثم عقب على ذلك بإيراد التطبيق الذى تقدمت الإشارة إليه .

أما التقنين البولونى (م ٣٨) فقد اقتصر على إيراد التطبيق ، دون المبدأ ، إذ نص على أنه : " لا يجوز لمن وقع فى غلط أن يتحلل مما يكون للتعبير الصادر عن إرادته من آثار قانونية ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لأن ينفذ التعاقد كما كان يرتضيه

الأول لو لم يحصل الغلط " . بيد أن نص التقنين السويصري أقل غموضا . وهو بعد يقرر مبدأ عاما .
ويهيئ بهذا نظاما أرحب لإعمال الأحكام المتعلقة بحسن النية ،
فيجاوز بذلك حدود الخصوصية " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٦٧ وما بعدها) .

مادة (١٢٥)

١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانی العقد .

٢- ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملائمة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملائمة .

الشرح

إبطال العقد للتدليس :

١٧- تعريف التدليس :

التدليس - وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي التغرير - هو استعمال الحيلة والخداع بقصد إيهام الشخص بغير الحقيقة وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة واضحة إذن بين الغلط والتدليس ، فالغلط يتولد في ذهن الشخص تلقائيا ، أما الغلط الناشئ عن التدليس فهو غلط ، قصد المدلس إيقاع المتعاقد الآخر فيه وذلك عن طريق الحيلة والخداع . فالتدليس لا يعد عيبا مستقلا من عيوب الإرادة ، فهو في حقيقة الأمر ليس إلا غلطا مستترا ولده التدليس وليس غلطا تلقائيا .

والتدليس في ذاته لا يعيب الإرادة وإنما الذي يعيبها هو الغلط الناشئ عنه .

والتدليس باعتباره قد تم عن طريق الحيلة والخداع ، فهو يعتبر في ذاته عملاً غير مشروع ، وبالتالي يرتبط التدليس بنظرية المسؤولية التقصيرية . فباعتباره عملاً غير مشروع ، فإنه يوجب على الطرف المدلس تعويض الطرف الآخر ^(١).

١٨- الفرق بين التدليس والغش :

يتميز التدليس عن الغش في أن التدليس يصيب الإرادة عند تكوين العقد ، فهو الذي يدفع إلى التعاقد . أما الغش فهو كل تضليل أو خدعة تقع في غير هذه الحالة ، ويحصل إضراراً بحق مكتسب ، كأن يقع مثلاً أثناء تنفيذ العقد ^(٢).

١٩- شروط التدليس :

يبين من نص المادة (١٢٥) أنه يشترط للتدليس توافر ثلاثة شروط هي :

- ١- استعمال طرق احتيالية .
- ٢- أن تكون الطرق الاحتيالية هي الدافع إلى التعاقد .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٥٨ وما بعدها - رمضان أبو السعود

وهام محمد محمود ص ٣٩٣ وما بعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٩٨ .

٣- أن تصدر الطرق الاحتمالية من المتعاقد الآخر أو نائبه ، أو من الغير إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم بهذا التدليس .

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلي :

الشرط الأول :

استعمال طرق احتمالية :

يشترط لقيام التدليس أن تستعمل طرق احتمالية تولد الغلط في ذهن المتعاقد فتخفى الحقيقة .

ويقوم هذا العمل من جانب المدلس على عنصرين :

عنصر مادي وعنصر معنوي ، نعرض لهما فيما يلي .

العنصر الأول : العنصر المادي :

العنصر المادي هو لجوء المدلس إلى حيل لإخفاء الحقيقة .

والحيل هي الأدوات أو الوسائل التي يقوم بها المدلس لكي

يصل إلى تضليل المتعاقد .

وهذه الحيل لا يمكن حصرها أو تعدادها فهي تختلف باختلاف

الخادع والمخدوع ، الأول من حيث دهائه والثاني من حيث

غبائه^(١).

(١) الأستاذ حمى بهجت بدوى أصول الالتزامات الجزء الأول في نظرية

فقد تكون هذه الحيلة باصطناع المدلس لمستندات أو محررات مزورة أو انتحال شخصية أو صفة رجل آخر أو الظهور بمظهر اليسار أو تقديم كشوف حساب مزورة من البنك .

وهذا كله وغيره يصلح حيلة في القانون الجنائي يتوافر بها جريمة النصب حيث يشترط أن تكون الطرق الاحتيالية عنصرا مستقلا يؤيد الكذب . ومن باب أولى يصلح حيلة في التدليس المدني . غير أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتيالية عنصرا مستقلا يؤيد الكذب^(١) ، فقد يكون الكذب وحده أو مجرد الكتمان - كما سئى - كافيا لتكوين التدليس المدني . إذ العبرة في هذا الشأن بأن تكون الطريقة التي لجأ إليها المدلس قد خدعت المتعاقد فدفعته إلى التعاقد^(٢) .

والمعيار هنا شخصي وليس موضوعي أى ينظر إليه من خلال ذات الشخص الذى وجهت إليه الحيلة بقصد تضليله ، فإذا كان التدليس قد انطلى عليه ، اعتبر التدليس قائما ، حتى لو كان من شأنه ألا ينطلى على غيره من الناس .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٦٠ - رمضان أبو السعود وهمام محمد

محمود ص ٢٩٥ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٩٩ .

ولكن ينبغي مع ذلك أن تصل الحيلة إلى حد معقول من الجسامة بالقدر الذى يمكن معه أن تعتبر حيلة ، فأحكام التتليس لاتحمى المفرطين فى البساطة والسذاجة ، وإنما أمثال هؤلاء قد يكون لهم أن يجدوا الحماية القانونية فى نظام الحجر للغفلة أو فى نظام استغلال الطيش البين .

ومعيار الحد المعقول من الجسامة الذى يلزم أن تتصف به الحيلة حتى تصل إلى مرتبة التتليس ، هو تجاوز الأمور العادية المألوفة فى التعامل ، فإذا كانت الحيلة قد تجاوزت الأمور العادية المألوفة فى التعامل بين الناس أمكن لها أن تصل إلى مرتبة التتليس، وإلا فلا^(١).

ويراعى فى هذا المعيار ظروف المتعاقد كسنه وجنسه ودرجة تعليمه وغير ذلك^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ١- يشترط فى التتليس إذا صدر من أحد المتعاقدين ، سواء أصدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له ، أن ينطوى على " حيل " يبيد أن هذه الحيل تختلف عن سميها فى النصب الجنائى ، إذ يكفى فيها مجرد الامتناع من جانب التعاقد : كسكوته

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٣٣ مابعدهما .

(٢) سمير تناغو ص ٥٧ .

عمدا عن واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر . والواقع أنه ليس ثمة تطابق بين تعريف التدليس المدنى وتعريف التدليس الجنائى . ومهما يكن من أمر فليس ينبغى أن يعتد فى تقدير التدليس بما يسترسل فيه المتعاقدان من آراء ، بشأن ما للتعاقد من مزايا أو عيوب متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة من الضبط والتخصيص . (أنظر المادة ٦٦٧ من التقنين الألمانى) ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كان الإقرار قضائيا كان أو غير قضائى يتضمن نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه فإنه بهذه المثابة ينطوى على تصرف قانونى من جانب واحد ويشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية فيجب أن يكون صادرا عن إرادة غير مشوبة بأى عيب من عيوب الإرادة ومن ثم فإذا شاب الإقرار تدليس كان قابلا للإبطال وحق للمقر الرجوع فيه " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

٢- " إذا كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض ، أنه يشترط فى الغش والتدليس ، وعلى ما عرّفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى ، أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة ، وأن تكون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٧٢ .

هذه الحيلة غير مشروعة قانونا ، وكان الحكم قد فهم واقعة الدعوى، ثم عرض لما طرأ على المتعاقدة بسبب فقد ولدها وأبنائه جميعا واستبعد أن يكون ما أولته إياها المتعاقد معها - وهى ابنتها - من عطف وكذلك عطف شقيقاتها ، هو من وسائل الاحتيال ، بل هو الأمر الذى يتفق وطبيعة الأمور ، وأن ما يغيّره هو العقوق، كما استبعد أن تكون التصرفات الصادرة من الأم لبنتها- بعد وفاة ولدها الوحيد - قد قصد بها غرض غير مشروع ، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٢٩ لسنة ٣٩ قى جلسة ١٩٧٢/٢/٨)

٣- " يشترط فى الغش والتدليس على ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة ، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا . ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن التدليس قد توافر فى جانب الطاعنة - الشركة البائعة - لمجرد أنها أعلنت فى الصحف أن الحصة المبيعة تغل ريعا قدره ٣١ جنيها و ٧٥٠ مليما شهريا مع علمها أنها لاتغل سوى مبلغ ٢٩ جنيها و ٢٧٣ مليما وأن هذا التدليس وإن لم يدفع على التعاقد إلا أنه أغرى المطعون عليها وزوجها - المشتريين - على قبول الارتفاع فى الثمن عن طريق المزايدة ، وإذا كان هذا الإعلان وحده مع التسليم بأنه غير متفق مع الحقيقة لايفيد بذاته

توافر نية التضليل لدى الشركة وأنها تعتمد للنشر عن بيانات غير صحيحة بشأن ريع العقار بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع، وبالتالي فإنه لا يكفي لاعتباره حيلة في حكم المادة ١٢٥ من القانون المدني ، ولما كانت الطاعة فوق ما تقدم قد تمسكت في مذكرتها المقدمة إلى محكمة الاستئناف بأن الإعلان عن البيع تم صحيحا لأن ريع الحصة المباعة طبقا لمستنداتنا تبلغ ٣١ جنيها و ٧٥٠ مليما كما نشر في الصحف ، غير أن الحكم التفت عن هذا الدفاع ولم يعن بتمحيصه أو الرد عليه مع أنه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه - إذ قضى بإنقاص الثمن وإلزام البائعة برد الزيادة إلى المشتريين - يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعاره قصور يبطله " .

(طعن رقم ٦٢٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١)

٤- " التأسيس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تدفع المتعاقدين إلى إبرام التصرف الذي انصرفت إرادته إلى إحداث أثره القانوني فيعيب هذه الإرادة ، أما الحصول على توقيع شخص على محرر مثبت لتصرف لم تتصرف إرادته أصلا إلى إبرامه فإنه يعد تزويرا تتعمد فيه هذه الإرادة ولو كان الحصول على هذا التوقيع وليد طرق احتيالية . لما كان ذلك وكان دفاع الطاعة أمام محكمة الموضوع قد قام على أن المطعون ضدها تمكنت في غفلة منها من

الحصول على توقيعها على المحرر المتضمن للعقد موضوع الدعوى بعد أن أوهمتها أنه إحدى أوراق تسجيل عقد آخر كانت قد أبرمته معها ، فإن هذا الدفاع في تكيفه الصحيح يكون ادعاء بتزوير معنوى ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأطرح هذا الدفاع لعدم إيدائه بالطريق المرسوم له قانونا يكون قد التزم صحيح القانون .

(طعن رقم ١٠٥٠ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٨)

٥- " يشترط في الغش والتليس على ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون ما استعمل في خدع المتعاقد حيلة ، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا " .

(طعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩)

ونعرض فيما يلى للكذب والكتمان :

١- الكذب :

الأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لقيام التليس ، كما فى حالة الساجر الذى يبالغ فى مدح بضاعته إلى حد الكذب ، مادام أن هذا مألوف فى التعامل .

وهذا الكذب يطلق عليه الرومان التليس المشروع (١).

(١) الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات النظرية العامة ص ١٢١.

لكن إذا انصب الكذب على واقعة معينة لها اعتبارها في التعاقد فأنه يعتبر تدليسا . ويتحقق ذلك حين يكون على المدلس أن يدلى ببيانات لها أهمية خاصة في التعاقد ، كأن يعطى شخص بيانات غير صحيحة عن كفايته وخدماته السابقة بقصد التحايل للحصول على عمل . أو يدلى شخص ببيانات كاذبة لشركة التأمين لإخفاء مدى الأخطار التي تتعرض لها الشركة ، كما لو ذكر أنه مزارع وهو بحار ، أو أعطى بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها ^(١).

وكذلك يعتبر تدليسا إذ أكد البائع وجود صفة خاصة بالمبيع لفت نظر المشتري إليها ثم تبين عدم صحتها ^(٢).

٢- الكتمان :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ منى على أن :

" ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ، إذا ثبت أن المدلس ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

فالأصل أن الكتمان لا يكون تدليسا ، إذ المتعاقد ليس ملزما بإخبار من يتعاقد معه بكل ما يعرف من ملابسات التعاقد حتى يتنبر الأمر قبل أن يمضى فى التعاقد ، ولو أنه ألزم بشئ من ذلك

(١) السنهاورى ص ٢٦٤ هامش (٢) - عبد المنعم للصده ص ١٩٩ ومابعدها.

(٢) عبد السلام ذهنى ص ١٢١ ..

لكان فى حرج شديد ، وما على المتعاقد إلا أن يأخذ حذره وأن يحتاط لنفسه (١).

ولكن إذا تعلق الأمر بأمر جوهريّة يجب الإفصاح عنها بحسب المألوف فى التعامل ، فإن كتمان هذه الأمور ممن يملك الكشف عنها يعد تدليسا .

وقد يكون مصدر التزام المتعاقد بالإدلاء بهذه المعلومات هو نص القانون ، ومثل ذلك ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٥٢ مدنى من التزام المؤمن له فى عقد التأمين بأن يقدم للمؤمن جميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه . وقد يكون مصدر هذا الالتزام نصا فى العقد ، أو بأن تكون طبيعة العقد تقتضى ذلك كعقد الوكالة والشركة .

وقد يكون مصدر هذا الالتزام بصفة عامة ، هو أن أحكام القانون تقضى بعدم جواز الغش وبأن الغش يفسد كل أمر كأن يبيع شخص عقارا ويكتم عن المشتري أن العقار قد شرع فى نزاع ملكيته للمنفعة العامة .

ويجب لاعتبار الكتمان تدليسا ، أن يكون محل الكتمان واقعة خطيرة بحيث تؤثر فى إرادة المتعاقد ، وأن يكون المتعاقد قد تعمد

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٦١ - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٣٩٥ وما بعدها .

هذا الكتمان ، ولم يكن هذا الكتمان وليد سهو أو نسيان ، وأن يكون المتعاقد الآخر جاهلا للأمر المكتوم أولا يستطيع أن يعرفه عن طريق آخر ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم قد قضى ببطلان عقد قسمة أرض رسا مزادها على المقتسمين لما شاب رضا أحد طرفي القسمة من تدليس بانيا ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد في أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه على الوقف الذي كان يدعى استحقاق بعض هذه الأرض وبعد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من هذه الأرض في ملكيته وما يخرج عنها ، وأنه أخفى هذا عن قسيمه بل أفهمه وهو يجهل مواقع الأطنان المدعى استحقاقها ونسبتها للأرض المشتركة غير ما علم كي يختص هو في عقد القسمة بما يخرج معظمه عن ملك الوقف ويختص قسيمه بما سيكون ما له الاستحقاق ، ففي هذا الذي أثبتته الحكم ما يكفي لاعتباره في حكم المادة ١٣٦ مدني (قديم) حيلة تقصد رضا من خدع بها " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١)

(١) السهوري ص ٢٦٦ وما بعدها - أحد ضمت أبو ستيت ص ١٦١ -

الدكتور جلال على العدوي أصول المعاملات طبعة ١٩٦٧ ص ١٧٥ .

٢- " متى كان الواقع فى الادعى هو أن الطاعنين باعا إلى المطعون عليه الأول محلا تجاريا ومعداته ، وكان قد صدر حكم بإغلاق المحل قبل حصول البيع لإدارته بدون ترخيص ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ البيع وإلزام البائعين متضامنين بأن يردا إلى المشتري ما قبضاه من الثمن مع الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة الرسمية حتى الوفاء أقام قضاءه على ما وقع من البائعين من تدليس على المشتري بكتمانهما عنه عند التعاقد أمر الحكم الصادر بإغلاق المحل فإنه يكون غير منتج ما ينعاه الطاعنان على هذا الحكم من أنه أغفل الاعتبار بعلم المشتري عند شرائه بأن الدكان غير مرخص والتزامه بالسعى للحصول على رخصة ذلك أن علم المشتري بأن المحل غير مرخص مسألة أخرى أدخلها فى حسابه وسعى من أجلها فى الحصول على الرخصة وهى مسألة تختلف عن صدور حكم قبل البيع بإغلاق المحل " .

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/١٥)

٣- (أ) - " النص فى المادة ١٢٥ من التقنين المدنى - يدل على أن الحيلة غير المشروعة التى يتحقق بها التدليس إما أن تكون إيجابية باستعمال طرق احتيالية أو أن تكون سلبية بتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر متى كان هذا الأمر يبلغ حدا من

الجسامة بحيث لو علمه الطرف الآخر لما أقدم على التعاقد بشروطه .

(ب) - " إذا كان دفاع الطاعن في الدعوى قد قام على أن الدافع على شرائه العقار بالثمن المتفق عليه هو الانتفاع به خاليا من شاغله اعتمادا على ما ورد بالعقد من أن هذا العقار مؤجر مفروشا وهو ما يعنى إمكانية إخلاء مستأجره منه لعدم تمتعه بميزة الامتداد القانوني المقررة في قوانين إيجار الأماكن وأنه - أى الطاعن - قد تبين له بعد التعاقد أن هذا العقار مؤجر خاليا وقد حكم نهائيا برفض دعوى الإخلاء التى أقامها المطعون ضده على المستأجر لثبوت أن العقار مؤجر له خاليا وذلك قبل إبرام العقد بما يجاوز سنة وأن المطعون ضده قد دلس عليه بما أثبتته على خلاف الحقيقة فى عقد البيع من أن العقار مؤجر مفروشا ويتعمده كتمان سبق صدور حكم نهائى برفض دعوى إخلاء المستأجر لاستتجاره العقار خاليا مع أنه لو علم بهذا الأمر لما أقدم على إبرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه ، وهو منه دفاع جوهرى قد يتغير به - إن صح - وجه الرأى فى الدعوى ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه بعد أن حصل دفاع الطاعن على هذا النحو أورد فى خصوص انتفاء التدليس قوله " الواضح من بنود عقد البيع سند التداعى أن المستأنف المشتري - الطاعن - أقر صراحة فى البند الثالث أنه عاين العقار المشتري ويعلم أنه مؤجر إلى المرحوم ... وأن قضايا

الإخلاء المرفوعة من البائع بإخلاء ورثة المستأجر باعتباره ،
مؤجرا مفروشا وباعتبارهم غير مصريين ، وأنه أقر أيضا أنه
وشأنه مع المستأجر فى موضوع الإخلاء سواء رضاء من ماله
الخاص أو قضاء بمعرفته ، وهذا الذى أقر به المستأف صراحة
فى عقد البيع قاطع الدلالة على أنه إذ عاين العقار المبيع يعرف
تماما أنه مؤجر للمرحوم ... وأن قضايا إخلاء رفعت على الورثة
لإخلائهم وأن من حقه إخلاءهم رضاء من ماله الخاص أو قضاء
بمعرفته بما مفاده أن أمر إيجار العقار المبيع وظروف الإيجار
كانت مطروحة على بساط البحث وقت تحرير عقد البيع بما يتنافى
معه القول بأن البائع قد استعمل طرقا احتيالية وأخفى عنه الحقيقة"
وهوما يبين منه أن الحكم المطعون فيه قد استدل على انتفاء التدليس
بمجرد علم الطاعن -أخذا بما ورد بالعقد - أن العقار المبيع مؤجر
لآخر وأن هناك قضايا إخلاء رفعت على ورثة المستأجر لإخلائهم
من العين ، وكان هذا رأى الذى أورده الحكم المطعون فيه وأقام
عليه قضاءه ولايصلح ردا على ما تمسك به للطاعن من تكليس ذلك
أن علمه بتأجير العقار المبيع ويرفع قضايا لإخلاء ورثة المستأجر
أو عدم علمه بذلك ليس هو موطن التدليس المدعى به على النحو
المتقدم . فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يعن ببحث دفاع الطاعن
على وجهه الصحيح ورتب على ما خلص إليه من انتفاء التدليس

قضاءه برفض الدعوى يكون فضلا عن قصوره فى التسبيب قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٨)

٤- " إن النص فى المادة ١٢٥ من القانون المدنى على أن "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " - مؤداه أن المشرع اعتبر مجرد كتمان العاقد واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر أو ملابسة من قبيل التدليس الذى يجيز طلب إبطال العقد إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمدا " .

(طعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٧)

٥- " المقرر فى قضاء محكمة النقض - أنه يعتبر تدليسا عن واقعة ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة وأن الحيلة غير المشروعة التى يتحقق بها التدليس إما أن تكون إيجابية باستعمال طرق احتيالية أو تكون سلبية بتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر متى كان هذا الأمر يبلغ حدا من الجسامه بحيث لو علمه الطرف الآخر لما أقدم على التعاقد بشروطه " .

(طعن رقم ٤٣١ لسنة ٦٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ٢٠٠١/٤/٢٨)

والتدليس الصادر من قاصر لا يكفي فيه كتمان سبب نقص أهليته، بل ولا كذبه بقوله أنه بالغ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويض عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التي تعاقده معه عليها ودفع له جزءا من ثمنها ، مدعيا أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية فى حين أنه كان محجورا عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استبانته من ظروفها ووقائعها من أن كل ما وقع من السبائع هو أنه تظاهر للمشتري بأنه كامل الأهلية وهذا لا يعدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترفه شخصا ، فلا شأن لمحكمة النقض معها فى ذلك مادامت الوقائع الثابتة فى الدعوى مؤدية عقلا إليه " .

(طعن رقم ٩١ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

العنصر الثانى : العنصر المعنوى :

يجب أن يكون استعمال المدلس للحيل بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع . فإذا لم توجد نية التضليل فلا يكون هناك تدليس . كما فى حالة التاجر الذى يمتدح بضاعته ، حتى لو وصل إلى حد الكذب ، لأن هذا مقصود به الترويج للبضاعة لا التضليل ، فوق أنه مألوف فى التعامل كما ذكرنا سلفا .

وإذا توفرت نية التضليل فلا يكون هناك تدليس إلا إذا كان المراد من التضليل هو الوصول إلى غرض غير مشروع ، أى حمل المتعاقد على إبرام تصرف لا يتفق مع مصلحته فإذا كان الغرض مشروعاً فلا يقوم للتدليس . كما لو تبين المودع أن المودع عنده غير أمين فاستعمل طرقاً إحتيالية للحصول منه على إقرار بالوديعة^(١) .

الشرط الثانى :

أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

يجب أن تكون التدليس هو الذى دفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد ، بمعنى أن تكون الحيلة قد أوجدت فى نفسه هذا الوهم فحملته على التعاقد .

والمعيار هنا معيار شخصى ، فيرجع إلى حالة المدلس لمعرفة مبلغ ما أحدثته الحيلة فى إرادته هو بالذات ، وهل هى التى حملته على التعاقد أم لا .

ولاشك أن الناس تختلف من حيث تأثرها بالحيلة اختلافاً بينا ، فالجاهل تسهل خديعته أكثر من المتعلم ، والمرأة أكثر من الرجل ، وذات الحجاب أكثر من السافرة ، كما أن صلة القرابة أو الصداقة

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٠١ .

بما تولد من ثقة قد تسهل التتليس . وقاضى الموضوع هو الذى يقضى فى ذلك بغير رقيب (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وإذا كان شأن تقدير أثر التتليس فى نفس العاقد المخدوع، وما إذا كان هو الدافع إلى التعاقد ، من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه ، أنه استظهر الظروف الذاتية للمتعاقدة والتى ألمت بها أثر وفاة ولدها الوحيد وجميع أبنائه فى حادث الباخرة دندره ، واستبعد الحكم أن يكون عطف المتعاقدة معها - وهى ابنتها - وكذلك عطف بناتها الأخريات، على والتهن فى محتتها ، من الوسائل الاحتمالية المعتبرة ركنا فى التتليس المفسد للعقود ، كما استبعد الحكم ما أثير بشأن وجود ختم للمتعاقدة مع زوج المتعاقدة معها ، وأن هذه الأخيرة انتهزت هذه الفرصة ، فوَقَّعت بذلك الختم على العقدين موضوع النزاع ، وذلك لعدم اتخاذ طريق الطعن بالتزوير على هذين العقدين ، واستبعد الحكم أيضا ما ادعته الطاعنات من وقوع إكراه أدبى على المتصرفة أدى إلى التعاقد ، واستخلص ذلك من أن الطاعنات لم تقلن إن المتصرف إليها لجأت إلى تهديد المتصرفة بخطر جسيم ، فإن ما قرره الحكم يكفى لحمل قضائه فى نفس التتليس والإكراه الأدبى " .

(طعن رقم ٣٢٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٨)

٢٠. التدليس غير الدافع :

يفرق بعض الفقهاء بين التدليس الدافع ، أى التدليس الذى أوجد فى نفس المتعاقد الآخر الوهم ، فحملة على التعاقد ، وهذا التدليس الدافع يجعل العقد قابلا للإبطال . وبين التدليس غير الدافع ، وهو الذى لا يدفع إلى التعاقد ، وإنما يؤدى إلى قبول التعاقد بشروط أبهظ . أى يجعل العقد أثقل عبئا دون أن يكون هو الذى حمل على التعاقد ، وهذا التدليس فى رأيهم لا يجعل العقد قابلا للإبطال وإنما يقتصر أثره على إعطاء الحق فى المطالبة بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية . ومثال ذلك أن يقدم بائع العقار إلى المشتري عقود إيجار مصطنعة كى يوهمه أن ريع العقار مرتفع ، فإذا أدى هذا بالمشتري إلى دفع ثمن أعلى مما كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر حق له أن يطلب تعويضا من البائع هو مقدار الزيادة فى الثمن الذى ترتبت على هذه الحيلة . ولكن لايجوز له طلب إبطال العقد^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٠١ وما بعدها - أحمد حشمت أبوستيت ص ١٦٣ - وقد جاء فى المشروع التمهيدى نص يأخذ بهذا رأى ، هو نص المادة ١٧٥ منه الذى جاء به : " التدليس الذى يجعل العقد أثقل عبئا ، دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد ، لا يعطى للمدلس عليه إلا الحق فى المطالبة بالتعويض " .

وعلفت مذكرة المشروع التمهيدى على هذا النص قائلا : " إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد وإنما اقتصر أمره على استكراهه إلى قبول شروط أشد وقرا مما كان يقبله ولو تبين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيبا من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيرا أو خطأ

إلا أن الرأي المراجع لا يأخذ بهذه التفرقة ، تأسيسا على أن التندليس الذي يغري على التعاقد بشروط أبهظ هو تندليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها . فالتندليس هنا يضر بعيب الإرادة ، والعاقـد المـخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستبقه مكتفيا بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التندليس . وهو إذا اختار الإبطال بقى في دائرة العقد ، وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسؤولية التقصيرية .

وكل تندليس له هذان الوجهان ، سواء في ذلك ما سمي بالتندليس غير الدافع وما سمي بالتندليس الدافع^(١).

الشرط الثالث :

أن تصدر الطرق الاحتياطية من المتعاقد الآخر أو نائبه ، أو من الغير إذا كان المتعاقد الآخر يعطى أو كان من المفروض عليه حتما أن يعطى بهذا التندليس :

من جانب المدلس ، تترتب عليه مسؤوليته ويعطى الحق في طلب التعويض ، سواء أوقع التندليس من أحد العاقدين أم من أجنبي عن العقد . إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص اعتبارا منها بأنه يقرر حكما تكفي فيه قواعد المسؤولية .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٧٥) .

(١) السنهوري ص ٢٦٨ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٤٦ - رمضان أبو السعود وهام محمد محمود ص ٣٩٧ وما بعدها .

وسنكتفى هنا بتناول التدليس الذى يصدر من المتعاقد الآخر أو من نائبه . أما التدليس الذى يصدر من الغير فترجئ الحديث عنه إلى شرح المادة التالية .

فالتطرق الاحتمالية كما تصدر من المتعاقد الآخر ، يجوز أن تصدر من نائبه ، سواء كان نائباً قانونياً كالولى والوصى والقيم أو قضائياً كالحارس القضائى أو أمين التقلية أو اتفاقياً (الوكيل) . غير أن الفقه يتوسع فى معنى النائب - فى هذا المجال - ليشمل كل من يعمل لصالح المتعاقد الآخر أو يعاونه بتكليف منه ، كالسمسار الذى يكلفه بالعمل على إجراء الصفقة ، وكتابعه الذى يعمل لحسابه ^(١)، وأنه لاصعوبة بالنسبة إلى السمسار المكلف . فمادام العاقد قد لجأ إليه وكلفه بإبرام الصفقة ، فإنه يتحمل نتيجة ما يلجأ إليه من الغش والخديعة بالنسبة إلى إبطال العقد ، اعتباراً بأنه فى حكم نائبه . أما بالنسبة إلى التابع ، فالأمر أكثر سهولة ، لأن المتبوع إن لم يسأل عن تدليس تابعه باعتباره فى حكم نائبه إعمالاً للمادة ١/١٢٥ . فإنه يمكن مساعلته عنه وإبطال العقد بسببه ، تأسيساً على مسئولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعه (م ١٧٤)، اعتباراً بأن الإبطال هنا يتمثل تعويضاً عينياً مناسباً عن الضرر الذى يلحق العاقد المدلس عليه ^(٢).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٤١ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٦٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٤١ - ويبدو أن الأعمال التحضيرية للتقنين

المدنى لاتأخذ بهذا التوسع فى مدلول " النائب " فحال مناقشة المادة (١٢٦)

٢١- إثبات التدليس :

يقع عبء إثبات التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه أو افتراض علمه به إذا كان واقعا من الغير - كما سنرى فى شرح المادة التالية - على عاتق المتعاقد المدلس عليه والذي يتمسك بإبطال العقد^(١).

ويجوز إثبات التدليس بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المطعون فيه بالتدليس مكتوبا لأن التدليس واقعة مادية .

وقوع التدليس مسألة موضوعية ، لقاضى الموضوع فيها الرأى النهائى. ولكن الوصف القانونى لوقائع التدليس مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، وذلك كالبت فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفى للتدليس ، وفيما إذا كان التدليس الصادر من الغير يؤثر فى صحة العقد - كما سنرى^(٢).

بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساعل معالى حلمى عيسى باشا عن كيفية وقوع التدليس من غير المتعاقدين فأجابه سعادة علوية باشا بأن هذا يتصور فى حالة سمسار يتوسط فى صفقة بين متعاقدين (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٧٧) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٤١ .

(٢) السنهورى، ص ٢٦٢ هامش (٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) " إذا كانت الوقائع التى استعرضتها محكمة الموضوع وبنيت عليها القضاء ببطلان للعقد قد توافرت معها توافرا تاما أركان التدليس التى تتطلبها المادة ١٣٦ من القانون المدنى فقضاؤها صحيح والطعن فيه بطريق النقض متعين الرفض " .

(ب) - " إذا أخطأت المحكمة فى بعض أسباب الحكم خطأ قانونيا لم يكن له تأثير فى سلامة الحكم ، فلا موجب لنقضه بسبب وقوع هذا الخطأ . فإذا اعتبرت المحكمة عقد البذل المشوب بالغبن باطلا وأخطأت فى أن اعتبرت أن سبب هذا البطلان هو فقد الأهلية وأنه بطلان لا تلحقه الإجازة ، ولكنها عادت بعد ذلك فقالت إن تنفيذ البذل والاستمرار فيه حتى توقيع الحجر على المتبادل الذى وقع عليه الغش كان تحت تأثير الغش الواقع عليه ، ثم حكمت بناء على ذلك فى الدعوى بإبطال البذل ، كان حكمها صحيحا " .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/٥/١٨)

٢- " من أركان التدليس - على ما عرفته به المادة ١٣٦ من القانون المدنى - أن يكون ما استعمل فى الخدع " حيلة " وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا ، وكلا هذين الركنين ينبئ عن العمد وسوء النية . ومراقبة التكيف فى هذين الركنين على الأقل هى من خصائص محكمة النقض فلمحكمة النقض أن تنقض الحكم

المطعون فيه إذا أسس على عدم وجوب توافر سوء النية في التندليس السلبي " .

(طعن رقم ٤٧ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٢/٢٠)

٣- " يشترط في الغش والتندليس - على ما عرفته به المادة ١٣٦ من القانون المدني - أن يكون ما استعمل في خدع المتعاقد حيلة وحيلة غير مشروعة . ومحكمة الموضوع هي التي تستظهر توافر هذين العنصرين من وقائع الدعوى . ولا شأن لمحكمة النقض معها مادامت الوقائع تسمح بذلك " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/١١/١١)

٤- " متى كانت المحكمة قد نفت لأسباب سائغة في حدود سلطتها التقديرية وقوع إكراه مؤثر على إرادة البائع أو تندليس مفسد لرضائه فإنها لا تكون ملزمة بإجراء تحقيق لا ترى أنها في حاجة إليه " .

(طعن رقم ١٥٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/١٥)

٥- " إثبات علم المجلس عليه أو عدم علمه - بوقائع التندليس - من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع ."
(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

٦- "تقدير أثر التدليس فى نفس التعاقد المخدوع وما إذا كان هو الدافع إلى التعاقد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ٣٢٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٨)

٧- " استخلاص عناصر التدليس الذى يجيز إبطال العقد من وقائع الدعوى وتقدير ثبوته أو عدم ثبوته هو - وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض - من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع، دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض مادام قضاؤها مقاما على أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٣/١٣)

٨- " لقاضى الموضوع السلطة التامة فى استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به وما لا يثبت به دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا " .

(طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/١/٥)

٩- " يشترط فى الغش والتدليس على ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة ، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا " .

(طعن رقم ٦٢٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١)

١٠- " استخلاص عناصر الغش الذى يبطل التصرفات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من المسائل الواقعية التى تقدرها محكمة الموضوع استظهارا من وقائع الدعوى ، كما أن تقدير ما يثبت به هذا الغش وما لا يثبت به يدخل فى سلطتها التقديرية دون رقابة من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله " .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٥)

١١- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة فى النزاع ولم يكن فى أوراق الدعوى والأدلة المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها ، وإن كان يجوز للطاعن أن يثبت بالبينة أن إقرار التنازل الصادر منه للمطعون ضده الأول قد صدر منه عن تكليس ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بهذا الدفاع وطلب إثبات ذلك بالبينة فإن الحكم إذ لم يعرض لهذا الدفاع وعرض لدفاعه المبني على الغلط والغبن دون التكليس فإنه يكون معيبا بالقصور الذى يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٦٣٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٤)

١٢- " استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به هذا الغش وما لا يثبت به يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع بعيدا عن رقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا ومستمدا من وقائع ثابتة فى الأوراق " .

(طعن رقم ١٣٤٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٠)

١٣- " استخلاص عناصر التدليس الذى يجيز إبطال العقد من وقائع الدعوى وتقدير ثبوته أو عدم ثبوته - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض مادام قضاؤها مقاما على أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٢٣٥١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٩)

٢٢- الغلط والتدليس :

كان للتدليس تطبيقات مستقلة عن الغلط فى ظل النظرية التقليدية التى كانت لاتجعل الغلط فى القيمة أو فى الباعث مؤثرا فى صحة العقد ، فكان التدليس هو الذى يؤدى إلى إبطال العقد فى هاتين الحالتين إذا توافرت شروطه . أما فى ظل النظرية الحديثة التى سادت فى القانون المصرى فإن الغلط فى الباعث أو القيمة من شأنه أن يبطل العقد إذا كان جوهرى على النحو السابق دراسته . وبذلك لم يعد للتدليس أى استقلال عن الغلط ولم يعد سببا مستقلا

من الأسباب المبطللة للعقد . فهو لا يعدو وأن يكون وسيلة وطريقا إلى الغلط . والعقد يبطل للغلط لا للتدليس بحيث إذا استعملت وسائل احتيالية ولكنها لم توقع المتعاقد الآخر في غلط جوهرى فإن العقد لا يكون معيبا لتدليس بمفرده .

وبهذا فإنه كان من الممكن الاستغناء عن النص على التدليس كعيب من عيوب الإرادة بجانب العيوب الأخرى اكتفاء في ذلك بالنص على الغلط . ولكن للمشرع المصرى استبقى التدليس وذلك مسابرة للتقاليد القديمة فى القانون المدنى . وكذلك لبعض الفوائد العملية وهى :

١- التدليس يكون من السهل إثباته لأنه يتعلق بوقائع خارجية ظاهرة ، بينما الغلط الذى لا يرجع إلى تدليس يكون فى الغالب كامنا فى النفس وهو ما يصعب إثباته فى الكثير من الأحيان .

٢- التدليس إذا وجد فهو يسمح للمتعاقد الآخر لابطال العقد فحسب ، ولكن بطلب التعويض كذلك على أساس المسؤولية عن العمل غير المشروع ، وهو ما لا محل له فى الغلط إذا كان المتعاقد الآخر لم يرتكب أى خطأ من جانبه^(١).

(١) سمير تناغو ص ٥٨ وما بعدها .

٢٢- أثر التدليس :

إذا توافرت في التدليس الشروط التي بينها فيما سلف ، أنتج التدليس أثره . ويتركز هذا الأثر في جعل العقد الذي يقوم على أساسه قابلا للإبطال لمصلحة المدلس عليه ، على النحو الذي سنبينه عند دراسة البطلان .

وإذا كان التدليس يشوب الرضا ويجعل العقد قابلا للإبطال ، فإن ذلك لا يمنع من أنه يعتبر في ذاته عملا غير مشروع ممن وقع منه . ومخولا ضحيته على هذا الأساس الحق في تعويض الضرر الناجم له عنه ، إن كان لهذا التعويض محل^(١) .

ويستطيع المدلس عليه أن يجمع بين طلب الإبطال والتعويض متى ثبت أن الضرر لا يمكن رفعه بمجرد إبطال العقد كما يجوز للمدلس عليه أن يكتفى بطلب التعويض دون الإبطال ، فالحق في الإبطال مقرر لمصلحته فلا يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك به^(٢) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ، مادام أن أثره في الإرادة يرد إلى ما يولد في ذهن العاقد من " غلط "

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٤٧ ومابعدا - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٣٩٩ .

(٢) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٣٩٩ .

يدفع به إلى التعاقد بمعنى أن ما يشوب الرضاء من عيب بسببه يرجع إلى الغلط لا إلى الحيلة . إلا أن لوجود التدليس مزيتين عمليتين . فإثباته أيسر من إثبات الغلط من ناحية وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض ، فضلا عن حق التمسك بالبطلان ، من ناحية أخرى " (١).

٢٤- حالة تعدد المتعاقدين ووقوع التدليس من أحدهم :

إذا كان المتعاقدون أكثر من اثنين واستعمل أحدهم وحده الغش على آخر منهم ولم يكن للباقيين دخل في التدليس فنه لا يمكن إبطال العقد إذا كان إبطاله يضر بالعاقدين للذى ليس لهم دخل في التدليس فإذا رضى شخص بعقد شركة بناء على تدليس وقع من أحد الشركاء وحده وبغير علم الباقيين فلا يجوز له أن يطلب إبطال العقد و فقط يجوز طلب التعويض ممن صدر منه الغش . ولكن من رأى بعض الشراح أنه يصح إبطال العقد بسبب الغش ولو بالنسبة لمن لم يشترك فى التدليس لأن الشخص المذكور باختياره الاشتراك فى العقد مع غيره يجب أن يتحمل النتائج المترتبة على عمل من اشترك معه (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٧٢ وما بعدها .

(٢) المستشار مصطفى مجدى هرجه العقد المبنى دار محمود للنشر والتوزيع

ص ٣٠٠ وما بعدها .

مادة (١٢٦)

إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس .

الشرح

التدليس الصادر من غير المتعاقدين :

٢٥- الوضع فى ظل التقنين المدنى القديم :

تشترط المادة (١١١٦) مدنى فرنسى فى التدليس أن يكون صادر من المتعاقد حتى يجعل العقد قابلا للإبطال . وقد علل فريق من الفقهاء هذا الحل بأنه لايجوز أن يكون التدليس الصادر من الغير سببا فى إبطال العقد ، لأن المتعاقد الذى صدر التدليس لصالحه لم يصدر منه ما يؤخذ عليه ، وحسب للمتعاقد الذى دلس عليه أن يرجع على الغير بتعويض الضرر الناجم من عمله غير المشروع طبقا للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية .

غير أن فريقا ثان من الفقهاء اعترض على هذا الحال ، لأن التدليس يعيب الإرادة سواء صدر من العاقد أو من الغير ، بدليل أن الشارع سوى فى الإكراه بين الإكراه للصادر من المتعاقد وذلك الذى يصدر من الغير .

وقد حدا هذا الاعتراض بالمحاكم الفرنسية إلى التضيق في تفسير النص ، فقصرت حكمه على العقود دون التصرفات الانفرادية كالوصية والإقرار ، بحجة أن النص ورد في شأن العقود فحسب ، وأخرجت الهبات من نطاق تطبيقه . فجعلت التدليس يبطل الهبة حتى لو صدر من الغير ، بحجة أن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من كل عيب .

ورأى فريق ثالث أن التدليس الصادر من الغير يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا كان الغير متواطئاً مع المتعاقد أو كان هذا يعلم به أو كان في استطاعته أن يعلم به ، وهذا هو الرأي الذي أخذ به الشارع في التقنين المدني الجديد مع تفصيل سنعرض له في موضعه .

ويظهر أن الشارع في التقنين المدني القديم تأثر بالنقد الذي وجه إلى نص التقنين الفرنسي ، فنص في المادة ١٣٦/١٩٦ مدني قديم في أصلها الفرنسي على أن : " التدليس يعيب الرضاء إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث أنه لولاها لما رضى " ووضح أن هذا النص لا يشترط صدور التدليس من المتعاقد الآخر . ولكن النص العربي جاء غير مطابق لهذا بسبب الخطأ في الترجمة إذ قال : " التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من

المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى " . فجاء هذا النص يشترط صدور التدليس من المتعاقد الآخر . وترتب على ذلك أن انقسم الفقه . وكان الرأى الذى ساد فى القضاء يستند إلى هذا النص العربى ونص القانون الفرنسى ، فيشترط صدور التدليس من المتعاقد الآخر . فإذا صدر من الغير فلا يجعل العقد قابلا للإبطال ولكن يكون للمدلس عليه أن يطالب الغير بالتعويض طبقا للقواعد العامة^(١) .

غير أن محكمة النقض قضت فى ظل التقنين القديم بأن :
" الغش الحاصل من أجنبى بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء ، كالغش الحاصل من المتعاقد نفسه " .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٢ قى جلسة ١٨/٥/١٩٣٣)

٢٦- الوضع فى ظل التقنين المدنى الجديد :

حسم الشارع فى التقنين المدنى الجديد ما ثار من خلاف فى ظل القانون المدنى القديم ، فنص فى المادة ١٢٦ على أن الغش الذى يصدر من غير المتعاقدين يجيز إبطال العقد - كالغش الصادر من المتعاقد نفسه - والغير هو من عدا المتعاقدين ونائبه - بالتفصيل السابق- ومثال ذلك أن يتم عقد الكفالة بناء على تدليس صادر لا من الدائن وهو المتعاقد مع الكفيل ، ولكن من المدين وهو أجنبى عن

(١) السهوى ص ٢٦٩ ومابعدها - عيد المنعم الصده ص ٢٠٢ ومابعدها .

عقد الكفالة . هذا التذليس يؤدي إلى إبطال العقد إذا كان الدائن يعلم به أو من المفروض حتما أن يعلم به ^(١). أو أن يضلل ترجمان سائحا فاشترى من أحد تجار العاديات شيئا زهيدا القيمة بمبلغ كبير ^(٢).

وقد اشترطت المادة في التذليس الذي يصدر من الغير أن يكون المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التذليس .

وهذا العلم أو افتراض العلم حتما يجب أن يحدث وقت إبرام العقد . وكانت الفقرة الأولى من النص كما ورد في المشروع التمهيدى تجرى على أن : " التذليس الصادر من غير المتعاقدين ... ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو كان في استطاعته أن يعلم بهذا التذليس ، وقت إبرام العقد " .

إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة "أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التذليس"، بناء على طلب بعض الأعضاء " لأن الإهمال لا يمكن أن يصل إلى مرتبة التذليس " ^(٣).

(١) سمير تقاغو ص ٥٨ .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٦٥ - المستشار مصطفى مجدى هرجه ص ٣١٤ .

(٣) بناء على طلب رئيس لجنة القانون المدني ولجده في ذلك سعادة علوية باشا (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٧٧ ومابعداها) .

وهذا ما حدا ببعض الفقهاء - بحق - إلى القول بأن مقتضى هذا التعديل ضرورة التشدد فى استخلاص علم المتعاقد الآخر بالتدليس وعدم الاكتفاء بمجرد العلم^(١).

(١) أحمد حشمت أبو مستيت ص ١٦٥ هامش (١) - وعكس ذلك السهنورى ص ٢٧١ هامش (٢) فيذهب إلى أن القانون الجديد اشترط فى التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت المتعاقد المدلس عليه أو المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر ، إذا لم يكن عالماً يقينياً بالتدليس أو الإكراه ، فهو على الأقل مفروض فيه حتماً أن يعلم بذلك .

وهذا بخلاف الغلط ، فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يتبينه . ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى حتى يتحمل المتعاقد فى الحالة الثانية عبئاً فى الإثبات أثقل من العبء الذى يتحمله فى الحالة الأولى . ولعله يكون فى الحالة الأولى أولى بالرعاية . فمن جهته هو ليس للغلط عادة مظاهر مادية تبرر التشدد معه فى الإثبات بينما أن للتدليس والإكراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع فى غلط يكون أقل عزراً مما لو كان ضحية تدليس أو إكراه . ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تقصر إلا بأن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس وبالإكراه سهى عليها أن تجرى تعديلاً مماثلاً فى النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم يحسن عدم التشدد فى إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملى " ويعنى هذا الرأى أن إمكان العلم يكفى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"اختلفت المذاهب في شأن التتليس الصادر عن الغير ، وفريق لايرتب عليه بطلان العقد (أنظر المادة ١١١٦ من التقنين الفرنسى، والمادتين ١٣٦/١٩٦ من التقنين المصرى فى نصه العربى) وفريق (المادة ١٢٦١ من التقنين الأسبانى ، والمادة ٩٦٩ من التقنين الأرجنتينى) يجعل له حكم التتليس الصادر من المتعاقدين، من حيث ترتيب البطلان . وفريق يتوسط بين هذين المذهبين (المادة ٢١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادتان ٥٢/٥٦ من التقنين التونسى والمراكشى ، والمادة ٩٩٣ من تقنين كويك ، والمادة ١٢٣ فقرة ٢ من التقنين الألمانى ، والمادة ٨٧٥ من التقنين النمساوى ، والمادة ٢٨ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادة ٤٠ من التقنين البولونى ، والمادة ٩٥ من التقنين البرازيلى ، والمادة ٩٢ من التقنين الصينى) فيشترط لاعتبار التتليس الصادر من الغير عيبا من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضل به أن الطرف الآخر كان يعلم به أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ فى تكوين العقد التى سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط وقد اختار المشروع ما اتبعه الفريق الثالث .

ويراعى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالمستفيد فى اشتراط لمصلحة الغير) فلا يجوز

إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان فى إمكانه أن يعلم بالتدليس (أنظر للمادة ١٢٣ فقرة ٢ من التقنين الألمانى) .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٧٥ وما بعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وفقا للمادة ١٢٦ من القانون المدنى إذا صدر التدليس من غير المتعاقد فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس " .

(طعن رقم ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٧)
**٢٧- مدى استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس
بالتعاقد الآخر :**

رأينا أنه يلزم ، لإعمال التدليس كعيب يشوب الرضاء ، ويؤدى بالنالى إلى وقوع العقد قابلا للإبطال ، أن يكون متصلا بالتعاقد الآخر ، بأن يصدر منه بذات نفسه أو من نائبه ، أو أن يكون عالما بالتدليس عند إبرام العقد ، أو مفروضا فيه حتما العلم به عندئذ ، إذا كان التدليس من الغير .

والملاحظ أن صياغة المادتين ١/١٢٥ ، ١٢٦ منى توحى بالقول بعمومية شروط التدليس ، وتبطله حتى لو كان التصرف المطعون فيه بالتدليس تبرعا .

فقد جاءت المادتان السابقتان تتطلبان صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو نائبه أو من الغير إذا كان المتعاقد آخر عالما بالتدليس أو كان المفروض علمه به حتما أى تشترط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر . على نحو مطلق غير مقيد بنوع أو بأخر من التصرفات .

غير أنه الفقه يرى قصر إعمال الشرط المذكور على المعاضات وحدها دون التبرعات . لأن الغاية التى يستهدفها المشرع من فرضه بمخالفة القاعدة الأساسية التى توجب أن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب ، هى إحاطة التصرف بالأمن والاستقرار وعدم تضحية مصلحة المتعاقد الآخر الذى يصدر التدليس إضرارا به ، إلا إذا كان يستحق أن يضحي بمصلحته ، وهذه الحكمة لا تتوافر إلا فى المعاضات ، دون التبرعات . ففى المعاضات يعطى العاقد مقابل ما يأخذ ولا يحصل عليه بالمجان الأمر الذى يستوجب التحرز عند تقدير إبطال عقده تأسيسا على التدليس أو على غيره من كافة عيوب الرضاء . والأمر فى التبرعات جد مختلف ففى التبرع ، كالهبة مثلا . لا يعطى المتبرع له

مقابل ما يأخذ . فكل أثر الإبطال بالنسبة إليه هو حرمانه من فائدة محضه لا يدفع عنها ثمنا . وبعبارة أخرى حرمان من غنم لا يتحمل فى أسبيله . غرما . كما يتدعم هذا النظر إذا نظرنا إليه من زاوية

المتبرع الذى يقع ضحية للتدليس . فالمتبرع يعطى ولا يأخذ مقابل ما يعطى . فهو يتبرعه متفضلا وهذا ينبغي أن تكون إرادته سليمة لا تشوبها شائبة ، بغض النظر عن دور المتعاقد الآخر فيما عساه أن يؤدى إلى فسادها ^(١) .

وقد أخذت مذكرة المشروع التمهيدي بهذا النظر إذ جاء بها :

" ... ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهي تعتبر قابلة للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير ، ولم يكن يستطيع أن يعلم به . لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب " ^(٢) .

وعبء إثبات حصول التدليس من الغير يقع على عاتق المتعاقد المدلس عليه والذى يتمسك بإبطال العقد .

أما إذا كان المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وليس من المفروض حتما أن يعلم به ، فإنه يجوز له إبطال العقد للغلط إذا أثبت العاقد المدلس عليه أن العاقد الآخر كان مشتركا معه فى الغلط الذى وقع فيه من جراء هذا التدليس ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئا من ذلك،

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٤٢ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٧٦ .

فإن العقد لا يكون باطلا لا للتكليس ولا للغلط لأننا إذا أبطلنا العقد
فى هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضا،
وجنى تعويض هو بقاء العقد صحيحا . وهذا تطبيق لقيام العقد على
سبيل التعويض، لا على الإرادة الحقيقة للمتعاقدين^(١) .

(١) المنهوى ص ٢٧٢ - عبد المنعم الصده ص ٢٠٤ .

مادة (١٢٧)

- ١- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .
- ٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .
- ٣- ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه .

الشرح

٢٨- تعريف الإكراه :

يعرف الفقه الإكراه المفسد للرضاء، والذي يترتب عليه طلب إبطال العقد ، بأنه ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق ، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد خشية الأذى . ومثاله أن يضرب شخص آخر أو يهدده بالقتل أو بالضرب أو بالاعتداء على العرض أو بإثارة فضحية أو بإتلاف ماله أو بخطف ابنه ، حتى يحمله على

أن يعطيه مبالغاً من المال ، أو أن يبيع له داره ، أو أن يقر له بالتخلص من دين عليه^(١) .

وقد عرقته محكمة النقض في أحكام كثيرة لها :

بأنه تهديد للمتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول مالم يكن يقبله اختياراً .

(أنظر هذه الأحكام في بند (٣١) .

والإكراه كعيب يشوب الرضاء ، يفسد الرضاء دون أن يعدمه . فالإرادة فيه تكون موجودة ولكنها ليست حرة . إذ يكون المتعاقد بين أن يتحمل الأذى أو يتعاقد ، فيختار التعاقد لدرء الأذى عن

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٦٨ - عبد المنعم الصده ص ٢٠٦ - وقد عرف الأستاذ حلمي بهجت بدوى ص ١٣٤ الإكراه بأنه " الضغط غير المشروع الذي يقع على إرادة الشخص فيجمله على التعاقد . ويمكن النظر للإكراه من الناحية الموضوعية باعتباره استعمالاً للقوة والعنف أو غيرها من الوسائل في أغراض تنافي المجتمع . كما يمكن النظر إليه من الناحية النفسية باعتباره مؤثراً في إرادة الشخص أى باعتباره عيباً من عيوب الإرادة . والنظرة الأولى تعنى القانون المدني باعتباره قانوناً يعمل على توجيه الأعمال القانونية في وجهات مشروعة كما تعنى قانون العقوبات في بعض الصور . أما النظرة الثانية فهي تعنى القانون المدني باعتباره قانوناً يقوم على مبدأ الرضائية وتطور العقود حول محور الإرادة .

نفسه أو عن غيره ، ولولا خوفه من هذا الأذى لما تعاقد . وفى هذه الحالة يكون العقد قابلاً للإبطال ^(١).

٢٩- الإكراه المعدم للرضا :

ذكرنا أن الإكراه بالمعنى الوارد بالبند السابق ، هو الذى يعيب الإرادة ولكنه لا يعدمها .

ومهما قيل فى شأن فساد هذه الإرادة عندما يشوبها الإكراه ، فهى إرادة موجودة .

على أن هناك من الصور ما تنعدم فيه الإرادة تماماً بالإكراه كأن يقبض شخص على يد آخر ممسكة بالقلم ويحركها بالقوة لرسم التوقيع، وكأن يقوم شخص بتتويم آخر تتويماً مغناطيسياً ويوحى إليه بالتعاقد . فى هاتين الحالتين وأشباههما لم يصدر من المكره أى عمل إرادى فلا يصح أن يقال إن إرادته فى العقد معيبة أو فاسدة ، إنما هى إرادة منعدمة ، والعقد بالتالى لا يقوم أصلاً ^(٢).

٣٠- الفرق بين الإكراه وبين الغلط والتدليس :

يختلف الإكراه عن الغلط والتدليس بالنسبة إلى موضوع كل منها . ففى حين أن الأخيرين يمسان من العاقد علمه بما يرضيه، بحيث يجئ رضاؤه من غير بيئة بحقيقة الحال ، نجد أن الإكراه

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٥٤ - عبد المنعم الصده ص ٢٠٦ .

(٢) حلمى بهجت بنوى ص ١٣٤ - عبد المنعم الصده ص ٢٠٦ .

لايمس من التعاقد إلا الاختيار فيه ، فرفض المكره يأتي عن بينة بما يرتضيه ، ولكن رضاه لايجئ عن حرية ، وإنما قسرا وقهرا .

شروط الإكراه :

يشترط في الإكراه ، باعتباره عيبا يشوب الرضاء توافر الشروط الثلاثة الآتية :

- ١- أن تستعمل وسيلة للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق .
- ٢- أن تبعث هذه الوسيلة رهبة في نفس المتعاقد الآخر تحمله على التعاقد .

٣- أن يكون الإكراه صادرا من المتعاقد الآخر ، أو يكون الأخير عالما به أو من المفروض حتما أن يعلم به ، إذا كان صادرا من غير المتعاقدين .

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلي :

٣١- الشرط الأول :

أن تستعمل وسيلة للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق بالنفس أو المال :

يجب أن تستعمل وسيلة للإكراه تهدد المكره بخطر جسيم عليه أو على غيره ، بحيث تولد رهبة في نفسه ، وأن يكون ذلك للوصول إلى غرض غير مشروع .

فالإكراه إنن يقوم على عنصرين : أحدهما ، مادی وهو عبارة عن الوسيلة التى تستخدم فى الإكراه وما يجب أن تحدثه فى نفس المكره من أثر . والثانى ، معنوى وهو أن يكون استعمال هذه الوسيلة للوصول إلى غرض غير مشروع .

ونعرض لهذين العنصرين بالتفصيل فيما يلى :

٣٢- أولاً : العنصر المادى فى الإكراه :

يراد بهذا العنصر - كما ذكرنا - أن تستعمل وسيلة للإكراه تهدد المكره بخطر جسيم عليه أو على غيره بحيث تولد رهبة فى نفسه .

وهذا الإكراه قد يكون حسياً أو نفسياً ، وتعرض لذلك فيما يلى .

١- الإكراه الحسى والنفسى :

يكون الإكراه حسياً إذا وقعت وسيلة الإكراه على الجسم ، كالضرب والتعذيب ، وهذا يندر وقوعه لاسيما فى الأوساط المتحضرة .

ويكون الإكراه نفسياً إذا كان من شأن وسيلة الإكراه التهديد بإيقاع الأذى دون إيقاعه فعلاً ، يستوى أن يكون الأذى المهدد به مما يصاب الجسم أو النفس أو الشرف أو المال . ومثله تهديد شخص بالضرب أو القتل ، أو تهديده بخطف ولده أو تهديده بإثارة فضيحة ، أو تهديده بحرق ماله . فهذا النوع من الإكراه يقوم على التهديد بالحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل^(١) .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٦٩ - عبد المنعم الصده ص ٢٠٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الإكراه الذى يبطل الرضاء لايتحقق إلا بالتهديد المفزع فى النفس أو المال أو بوسائل أخرى ، لا قبل للإنسان باحتمالها والتخلص منها يعتريه بسببها خوف شديد يحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا ، أما مجرد النفوذ الألبى أو هيبه الأقارب فلا يكفى لبطلان العقد بل يجب أن يقرن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة " .

(طعن رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥)

٢- " الإكراه المبطل للرضا يتحقق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل لها باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا ، والنفوذ الألبى إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروعة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، يعتبر كافيا لإبطال العقد " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩)

٣- " الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بتهديد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله ، أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها ، أو للتخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا " .

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧)

٤- " الإكراه المبطل للرضا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يتحقق إلا بتهديد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على قبول ما لم يكن ليقبله اختيارا " .

(الطلب رقم ٣ لسنة ١٥٩ قضائية " رجال القضاء " جلسة ١٩٩٥/٩/١٩)

والعبرة في جسامه الخطر بحالة المكره النفسية . فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية، ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المكره وصورت له أن خطرا جسيما يهدده ، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر أو هدهدته بأن له قدرة على " الربط والحل " أو نحو ذلك مما يقع كثيرا في الأوساط القروية الساذجة ^(١) .

بيد أنه يلزم بطبيعة الحال أن يكون الخطر أو الأذى الذي يتهدد الشخص على قدر من الجسامه ، بحيث يؤثر في المتعاقد نفسه ويجعله ، بين أن يتحمل الأذى أو أن يبرم التصرف ، مقادا إلى الأمر الأخير ، اعتبارا بأنه أهون الشرين وأخف الضررين . فتهديد

(١) السنهوري ص ٢٧٨ .

الشخص العادى مثلا بالصفع على وجهه ، لو أنه لم يبع منزله، قد لا يرقى إلى مرتبة الإكراه ، وإن كان للتهديد بذلك الأمر قد يصل إلى هذه المرتبة ، لو أنه وجه إلى شخص يتميز لسبب أو آخر ، بحساسية مفرطة^(١).

ولذلك تنص الفقرة الرابعة من المادة (١٢٧) على أن يراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه " .

فالرجل عادة أكثر شجاعة من المرأة ، والشباب أقوى احتمالا من الشيخ الهرم ، وقوى الأعصاب أقل تأثرا من ضعيفها ، والمرأة البسيطة الساذجة تهاب أمورا يراها المستعلم أو المنتور مجرد خرافات . كالتهديد بالسحر وأعمال الدجل والشعوذة . والتهديد فى مكان منعزل أقوى مفعولا منه فى مكان أهل بالناس إلى غير ذلك كله من الظروف التى تؤثر فى الشخص من حيث توليد الرهبة والخوف فى نفسه ، ويجب تناول كل حالة على حدة . مقتدين بمقياس شخصى قوامه ذات الشخص الذى يتمسك بالإكراه .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٥٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها في نفس المتعاقد هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بالفصل فيها قاضي الموضوع ، مراعيًا في ذلك جنس من وقعت عليه ، وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩)

والخطر قد يهدد المتعاقد في جسمه أو نفسه كخطر يقع على حياته أو سلامة أعضائه أو ألم نفسي ينزل به .
أو يهدد شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لاسيما إذا كانت مهنته تقتضي التوفر على هذه الثقة كما في التجارة .
أو يهدد ماله ، كما إذا هدد مزروعاته بالإتلاف أو داره بالحريق .
فالخطر الذي يقع على أي شيء يحرص المتعاقد على سلامته يكفي لتحقيق الإكراه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الإكراه المبطل للرضا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يتحقق إلا بتهديد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على قبول ما لم يكن ليقبله اختيارا ، وأن ما يقتضيه الإكراه طبقا لنص

المادة ١٢٧ من القانون المنى مراعاة جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه ، وحالته الاجتماعية والصحية ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . لما كان ذلك وكان الطالب وهو رئيس محكمة ولى القضاء بين الناس ومن ثم فإن تقديم الاستقالة بناء على طلبهم ليس من شأنه بذاته - إن صح - أن يسلب حرية الاختيار في هذا الصدد ، وتكون الاستقالة قد صدرت من الطالب بإرادة حرة مختارة ويكون طلب إلغاء قرار وزير العدل الصادر بقبولها على غير أساس " .

(الطلب رقم ٣ لسنة ٥٩ القضائية " رجال القضاء " جلسة
(١٩٩٥/٩/١٩)

والخطر يجب أن يكون محدقا أى وشيك الوقوع ، فإذا كان الأذى المهدد المكروه مما يتراخى وقوعه ، فالمفروض أن تتوافر لدى المتعاقد الوسيلة في دفعه بالتجائه إلى السلطة العامة لتحميمه مما يمكن أن يلم به .

على أن الأمر مع ذلك منوط بحالة المتعاقد النفسية ، فقد يكون الأذى مما يقع بعد أجل بعيد ، لكنه مع ذلك قد يوقع قسى نفس المتعاقد الرهبة ويحمله على التعاقد . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالا في نفس المتعاقد ، لا بأن الخطر حال أو محقق^(١) .

(١) السنهوري ص ٢٧٨ - أحمد حشمت أو ملكتيت ص ١٧٤ - عبد المنعم
الصدده ص ٢١١ .

٣٣- تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها من المسائل الموضوعية :

تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها في نفس المتعاقد من الأمور الموضوعية التي يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع. ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك .

أما تقدير كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة فمما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة في الحكم .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لقاضى للموضوع السلطة النامة في تقدير درجة الإكراه من الوقائع وهل هو شديد ومؤثر في الشخص الواقع عليه أولاً ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك . أما تقدير كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة فمما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة في الحكم لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانونى المعطى لواقعة معينة يترتب على ما قد يقع من الخطأ فيها للخطأ في تطبيق القانون - فإذا صدر حكم على مستأجر بإخلاء العين المستأجرة ولدى تنفيذ هذا الحكم تعرض ثالث مدعياً أنه مالك العين وانتهت معارضته في التنفيذ بأن استأجر هو العين ممن صدر له حكم الإخلاء ، فلا يصح القول بأن

عقد الإجارة الأخير قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له بل يكون هذا العقد صحيحا منتجا لكل آثاره .

(طعن رقم ٩ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/٢)

٣- " تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها على نفس المتعاقد هو من الأمور الموضوعية التي تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع ، متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٩٦٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٥)

٤- " لئن كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجة الإكراه من الوقائع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك إلا أن تقدير كون الأعمال مشروعة أو غير مشروعة مما يخضع لرقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبنية فى الحكم . وإذا كان ما قرره الحكم المطعون فيه من أن الشكوى التى قدمها الطاعن- بشأن تقاضى المطعون عليه منه مبلغ " كخلو رجل "- إلى المحافظة تعتبر وسيلة غير مشروعة استنادا إلى أنها قدمت إلى جهة غير مختصة غير صحيح فى القانون لأن الشكوى تبليغ عن جريمة أثمها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، وجهت إلى الجهة الرئيسية التى تتبعها أجهزة الأمن وهى بذاتها وسيلة مشروعة ، عاقب القانون على كذب ما تضمنته ، وكان الحكم قد خلا مما يدل على أن المطعون عليه قدم ما يدل على تهديده بالنشر فى الصحف-

عن موضوع الشكوى - فإنه يكون فضلاً عن مخالفته القانون معيباً بالقصور " .

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧)

٥- " تقدير وسائل الإكراه ومدى تأثيرها في نفس المتعاقد أمور واقعية تستقل بها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض . طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة . للجدل فيها غير جائز أمام محكمة النقض .

(طعن رقم ٧٤٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢)

٦- " تقدير وسائل الغش والإكراه وجسامتها في نفس المتعاقد . من الأمور الموضوعية التي تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

(طعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٠)

٧- " وحيث إن هذا النعى شديد ذلك أنه لما كان الإكراه المبطل للرضا يتحقق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول مالم يكن ليقبله اختياراً ، وكان النفوذ الأبدي إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروعة يعتبر كافياً لإبطال العقد . وأنه ولئن كان لمحكمة

الموضوع السلطة فى تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها فى نفس المتعاقد، إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة وأن تقديرها لكون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة هو مما يخضع لرقابة محكمة النقض وأن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانوناً هو حق له إذا كانت هى الوسيلة الوحيدة التى له فى الإثبات . وأنه متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات وتمسك بدلائلها فالتفت الحكم عن التحدث عنها بشئ مع ما يكون لها من دلالة فإنه يكون مشوباً بالقصور . لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن أقام دعواه الفرعية طالباً بطلان سند الدين موضوع الدعوى الأصلية لتوقيعه تحت تأثير إكراه من المطعون ضده حال تواجده بالعمل لديه بالمملكة العربية السعودية تمثل فى منعه وزوجته ، وأولاده من السفر وحجب راتبه لمدة ثلاث سنوات لإجباره على العودة إلى العمل لديه بعد سماحه له بالسفر ، وقدم تدليلاً على ذلك إقرارين موثقين صادرين من شخصين كانا متواجدين معه بالسعودية عاصراً واقعة الإكراه تضمناً لإقرارهما بأن الطاعن ليس مديناً للمطعون ضده وأنه وقع سند المديونية تحت تأثير إكراه إجباره على العودة إلى العمل وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك غير أن الحكم المطعون فيه

التفت عن هذا الطلب على قوله " إن الثابت من جميع المستندات المقدمة في الدعوى خلوها مما يشير إلى وجود الرهبة بمفهومها الذي أشارت إليه المادة ١٢٧ مدني التي تجيز إبطال الالتزام للإكراه ". وكان هذا الذي أورده الحكم أساساً لقضائه لا يصلح رداً على دفاع الطاعن السالف بيانه وما قدمه من مستندات مؤيدة له ومن ثم يكون معيباً بالقصور بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة " .

(طعن رقم ١٦٨٤ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠)

٣٤- يكفي أن يهدد الخطر الغير :

تجيز الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ إبطال العقد للإكراه إذا كان الخطر الجسيم المحقق يهدد المتعاقد ذاته أو غيره .

ومن ثم فإنه يكفي لطلب الإبطال أن يهدد الخطر غير المتعاقد .
فقد يكون هناك شخص غير المتعاقد عزيز عليه بحيث يكفي الخطر الذي يهدده لتوليد رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد .
والمادة ١١١٣ مدني فرنسي تنص على أن : " الإكراه يكون سببا في بطلان العقد ، لا عندما يقع على المتعاقد فحسب ، بل أيضا إذا وقع على زوجته أو زوجه أو على أصوله أو فروعته " .

وكان المشروع التمهيدى يشير فى الفقرة الثانية من المادة (١٧٦) المقابلة للفقرة الثانية من المادة (١٢٧)^(١) منى إلى أن الغير يكون (أحد أقاربه) أى أقارب المكره - وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى فى هذا الخصوص أنه : " ترك للقاضى أمر تقدير درجات القرابة أو الصلة فى كل حالة بخصوصها لأن بيان هذه الدرجات فى النصوص على سبيل الحصر، على نحو ما هو متبع فى التقنين الفرنسى (المادة ١١١٣) وسائر التقنينات اللاتينية (أنظر كذلك المادة ١٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى) قد يكون أحيانا ضيق الحدود ، لا يتسع لصور جذيرة بالرعاية ، وقد يكون أحيانا من السعة بحيث يجاوز الغرض المقصود " ^(٢).

(١) المادة المذكورة تنص على أن : " الإكراه يكون سببا فى بطلان العقد ، لا عندما يقع على المتعاقد فحصب ، بل أيضا إذا وقع على زوجته أو زوجة أو على أصوله أو فروعه " .
فهذا النص يقصر الغير على الزوج والزوجة والأصول والفروع .
وقد انقسم الفقهاء فى تفسير هذا النص . فذهب رأى إلى أن الإكراه لا يتحقق إذا كان الخطر يهدد غير هؤلاء . ولكن الرأى الراجح هو الذى لا يعتبر هؤلاء مذكورين على سبيل الحصر ، غاية الأمر أن الخطر إذا كان يهدد واحدا من هؤلاء قامت قرينة على أن الإكراه متحقق ، وإذا هدد غير هؤلاء وجب إثبات أن الخطر الذى يهدده أثر فى نفس المتعاقد إلى حد الإكراه .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٨٠ .

وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة " أحد أقاربه " بناء على اقتراح (سليمان حافظ بك) " لأن هذه العبارة أوسع مما ينبغى فى بعض الأحوال وأضيق مما ينبغى فى الحالات الأخرى ، وقد يكون للشخص صديق أعز عليه من أحد أقاربه " (١).

وعلى ذلك فعبارة (أو غيره) الواردة بالمادة تعنى أنه يكفى وقوع الخطر على الغير بصفة عامة ، سواء كان من الأزواج أو الأقارب أو الأصدقاء أو غيرهم . أى أن القرابة فى ذاتها ليست حتمية . كما أنها من ناحية أخرى ليست بمجرد كافيّة . فالمسألة مردّها إلى أثر ذلك التهديد على نفس المتعاقد ذاته ، وهل من شأنه أن يولد فى نفسه الرهبة التى تحمله على ارتضاء التصرف أولا يولدها .

وقد يشعر شخص بالحب أو بالإعزاز نحو آخر لايمت له بصلة القربى ، فيولد الإكراه فى نفسه الخوف الذى يجعله يبرم التصرف درءا لهذا الأذى عنه ، وعلى النقيض من هذا قد لايمهم الإنسان أقرب الناس إليه ، فلا يستشعر الخوف من أن يصيبه فادح الأذى (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٨١ .

(٢) السنهاورى ص ٢٧٩ ومابعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٧٤ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٥٩ ومابعدها .

بل قد يكون الغير الذى يهدده الخطر هو نفس الشخص الذى صدر منه الإكراه ، كما فى حالة ابن يهدد والده بالانتحار إذا لم يبرم له عقداً معيناً^(١).

٢٥- النفوذ الأدبى :

المقصود بالنفوذ الأدبى ، أن يكون لشخص على آخر نفوذ أدبى كأب وابن ، وزوج وزوجة ، وأستاذ وتلميذه ، ورجل دين وأحد المتدينين ، ورئيس ومرعوس .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ منه على أن : " لايعتبر مجرد النفوذ الأدبى ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد " .

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ... والتطبيق

الثانى خاص بالنفوذ الأدبى ، وهو بمجردده لايعيب الرضاء ، وإنما يعيبه . إذا صحبه " الإكراه " وفقاً لعبارة المشروع الفرنسى الإيطالى (المادة ٣٠ أنظر أيضاً التقنيات اللاتينية) أو إذا كان هناك "تأثير غير مشروع" على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة "التأثير غير المشروع" استغلال أو إساءة استعمال الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين إلخ .. بقصد ابتزاز مغرم فاحش أو منفعة مفرطة . وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة ، مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من

(١) عبد المنعم الصده ص ٢١٢ - أحمد حشمت أبوستيت ص ١٧٤ هامش (٢) .

أعمال الإكراه " - إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة اعتمادا على ما تقرره القواعد العامة في هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التى وردت فى المشروع .

وحذف هذا النص لايمنع من الأخذ به ، فيكون الأصل أن مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب لايكفى لبطلان العقد ، بل يجب أن يقرن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة ، أو تأثير غير مشروع : بأن يستغل صاحب النفوذ أو يسئ استعمال الاحترام الواجب له بقصد ابتزاز مغنم فاحش أو منفعة مفرطة ^(١).

وقد ذهبىت محكمة النقض بأن مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب لا يكفى لبطلان العقد بل يجب أن يقرن ذلك بوسائل غير مشروعة .

إذا قضت بأن :

١- " أما مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب فلا يكفى لبطلان العقد بل يجب أن يقرن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة " .

(طعن رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥)

٢- " ... والنفوذ الأدبى إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروعة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع، يعتبر كافيا لإبطال العقد " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩)

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٧٢ - سمير تناغو ص ٦١ .

٣٦- العطف والحنو لا يعتبر إكراها :

لا يعتبر العطف والحنو إكراها مادام أنه لم يبلغ حد الهوى الجامح، فإن بلغ ذلك الحد طبقت قواعد الاستغلال ، فلو أن أبا دفعته عاطفته نحو ولده إلى إبرام عقد يؤثر فيه على بقية الورثة فإن هذا العقد يكون صحيحا . لكن إذا بلغ هذا الشعور حد الهوى الجامح فإن قواعد الاستغلال تطبق ، كما هي الحال حين تستغل زوجة جديدة هوى جامحا في نفس زوجها فيبرم لصالحها عقودا يؤثرها فيها على زوجته القديمة . إذ يكون العقد قابلا للإبطال في هذه الحالة بسبب الاستغلال^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها في نفس العاقد من الأمور الموضوعية التي يستقل بالفصل فيها قاضي الدعوى دون تعقيب عليه من محكمة النقض ، فإذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشتري على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البرئ ، وأن وقائع الإكراه التي ادعتها - بفرض صحتها - لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيرا يحملها على توقيع العقد لأخيها بغير رضا وتسليم ، فلا يكون ثمة محل لمجادلتها في ذلك ، وإذا كانت المحكمة قد ذكرت في حكمها أن البائعة لم تكن واقعة تحت تأثير الإكراه الذي

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٧٢ هامش (١) - عبد المنعم الصده ص ٢١٠.

سلبها إرادتها فإن ذلك لا يعنى أنها تصدت إلى الإكراه السالب للإرادة دون الإكراه المفسد لها ، وخصوصا إذا كانت عبارة الحكم جلية فى الدلالة على نفي حصول الإكراه إطلاقا " .
(طعن رقم ٨٤ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٤/١٢)

٢٧- ثانيا : العنصر المعنوى فى الإكراه :

يراد بهذا العنصر أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كان المقصود من الضغط الواقع على المتعاقد المكره هو الوصول إلى غرض غير مشروع . يستوى فى ذلك أن تكون وسيلة الإكراه مشروعة أو غير مشروعة . أما إذا كان الغرض الذى يراد الوصول إليه مشروعا فلا يتحقق الإكراه حتى لو كانت الوسيلة غير مشروعة .

ومن هنا يمكن تصور فروضا أربعة هى :

(أ) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع :

فى هذا الفرض يتحقق الإكراه . وهذا هو الفرض الذى يقع عادة، كتهديد شخص بحرق زراعته إذا لم يبرم تصرفا معينا ، أو تهديده بقتل ولد المخطوف أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع مبلغ من المال^(١).

(١) وفى هذا المثل يمكن أن يقال كذلك أن العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا لانعدام السبب (حشمت أبو ستيت ص ١٧٠ الهامش) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ١٣٥ من القانون المدني ، وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذى يقع به الإكراه المبطل للمشاركات ، إلا أن ذلك مفهوم بداهة ، إذ الأعمال المشروعة قانونا لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها .

(طعن رقم ٩ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/٢)

(ب) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض مشروع .
ومثال ذلك أن يهدد الدائن مدينه بمقاضاته أو بالتنفيذ على أمواله أو بشهر إفلاسه ، حتى يحمله على دفع الدين الذى له عليه لا أكثر ، أو تحرير سند به ، أو تقديم رهن أو كفالة .
ويرى الفقه السائد أن الإكراه لا يتوافر فى هذا الفرض لاعتبار الرهبة المتولدة عنه بحق . والقضاء مجمع على ذلك سواء فى فرنسا أو فى مصر .

(ج) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع .

ومثال هذا الفرض أن يهدد شخص آخر بالتبليغ عن جريمة ارتكبها ، ليحمله على أن يعطيه مبلغا من المال لاحق له فيه ، أو أن يهدده بأن ينفذ على أمواله بمقتضى دين له ، إن لم يبيع له أرضا لا علاقة لها بالدين والفقه السائد يرى أن الإكراه متوافر هنا ،

باعتبار أن الرهبة المتولدة عنه بغير حق . والقضاء في فرنسا
ومصر مجمع عليه .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كان يشترط في الإكراه الذى يعتد به سببا لإبطال
العقد أن يكون غير مشروع وهو ما أشارت إليه المادة ١/١٢٧ من
القانون المدنى إذ نصت على أنه : "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا
تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون
حق وكانت قائمة على أساس " مما فاده أنه يجب فى الرهبة أن
يكون المكره قد بعثها فى نفس المكره بغير حق ، وعلى ذلك فإن
الدائن الذى يهدد مدينه بالتنفيذ عليه إنما يستعمل وسيلة قانونية
للوصول إلى غرض مشروع ، فلا يعتبر الإكراه قد وقع منه بغير
حق- إلا أنه إذا أساء الدائن استعمال الوسيلة المقررة قانونا بأن
استخدمها إلى غرض غير مشروع كما إذا استغل المكره ضيق
المكره ليبتز منه ما يزيد على حقه ، فإن الإكراه فى هذه الحالة
يكون واقعا بغير حق ولو أن الدائن قد اتخذ وسيلة قانونية لبلوغ
غرضه غير المشروع، وذلك ما صرحت به المذكرة الإيضاحية
للقانون المدنى " .

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٣٨ قى جلسة ١٩٧٤/١/٢)

٢- " مفاد نص المادة ١٢٧ من القانون المدني أن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن يتقبله اختياراً. ويجب أن يكون الضغط الذي تتولد عنه في نفس العاقد الرهبة غير مستند إلى حق، وهو يكون كذلك إذا كان الهدف الوصول إلى شيء غير مستحق حتى ولو سلك في سبيل ذلك وسيلة مشروعة " .

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣١)

(د) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض

مشروع :

الغرض هنا يكون مشروعاً ولكن تستعمل للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة . والمثال الذي يعطى عادة لهذه الحالة أن تهدد امرأة عشيقها بالتشهير به لدى خطيبته أو زوجته إن لم يدفع لها مبلغاً من المال ، تعويضاً لها عما نالها من ضرر .

فرغم أن الوسيلة غير مشروعة إلا أن العقد لا يبطل للإكراه إذ يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق لتأدية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة ^(١) . ولكن يشترط ألا تكون هذه الوسيلة غير المشروعة جريمة يعاقب عليها القانون ، كما في حالة التهديد بالقتل أو الخطف بغية الوصول إلى حق في نمة المكره ^(٢) .

(١) السنهوري ص ٢٨١ الهامش - عبد المنعم الصده ص ٢١٤ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٢١٤ .

ويشترط ألا ينصف الشخص في استعمال هذا الحق ، فإن القصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب ^(١).

وتحديد ما إذا كانت الرهبة بحق أو بغير حق، وبالتالي تحديد:
ما إذا كان الإكراه مشروعاً فلا يمس العقد ، أو غير مشروع فيدفعه بالقابلية للإبطال يعتبر من مسائل القانون ، فيخضع قاضى الموضوع فى شأنها لرقابة محكمة النقض ^(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لئن كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجة الإكراه من الوقائع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك ، إلا أن تقدير كون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة مما يخضع لرقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة فى الحكم . وإذ كان ما قرره الحكم المطعون فيه من أن الشكوى التى قدمها الطاعن - بشأن تقاضى المطعون عليه مبلغ

(١) السنهاورى ص ٢٨١ الهامش - وعكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٧١ الهامش فيذهب إلى أنه لا يوجد فى القانون مبدأ أن الغاية تبرر الوسطة . بل إن هذا المبدأ يتنافى مع النزعة الخلقية التى تسود القواعد القانونية ثم إن القول بأن للشخص أن يستقضى حقه بيده غير سليم إطلاقاً . فهو يتناقض مع مبدأ قانونى أساسى ، وهو أنه لا يجوز للشخص أن يأخذ الحق لنفسه بنفسه ، أو أنه ليس لشخص أن يقر العدل لنفسه بنفسه .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٧٢ .

"كخلو رجل" - إلى المحافظة تعتبر وسيلة غير مشروعة استنادا إلى أنها قُمت إلى جهة غير مختصة غير صحيح في القانون ، لأن الشكوى تبليغ عن جريمة أئمتها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، ووجهت إلى الجهة الرئيسية التي تتبعها أجهزة الأمن وهي بذاتها وسيلة مشروعة ، عاقب القانون على كذب ما تضمنته ، وكان الحكم قد خلا مما يدل على أن المطعون عليه قد قدم ما يدل على تهديده بالنشر في الصحف - عن موضوع الشكوى - فإنه يكون فضلا عن مخالفة القانون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧)

٢- " تقدير كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة مما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبنية في الحكم ، لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانوني المعطى لواقعة معينة يترتب على ما قد يقع من الخطأ فيه الخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/٢)

٢٨- الشرط الثاني :

رغبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد :

يجب أن تكون الرغبة التي تولدها وسيلة الإكراه هي الدافعة إلى التعاقد ، بمعنى أنه لولاها لامتنع المكره عن إجراء التصرف.

وشرط كون الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد بديهي ، ولاصعوبة فيه إذ أن الإكراه يفسد الرضاء ، وهو لايعتبر كذلك إلا إذا حمل المتعاقد بالفعل على التعاقد ، فإذا ثبت أن المتعاقد كان ليبرم التصرف وبنفس الشروط التي تم عليها حتى لو لم يسلط عليه سيف التهديد ، فإن الإكراه لايعتبر مفسدا لرضائه . وفي هذا يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط^(١) .

والمعيار هنا ذاتي ، فيجب النظر إلى حالة المتعاقد الشخصية الذي وقع في الإكراه . والتصرف إلى أي حد هو متأثر بالرهبة والخوف ، فيدخل في ذلك عامل الجنس والسن والحالة الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه بالتفصيل الذي تناولناه فيما سلف .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "الإكراه المبطل للرضا لايتحقق إلا بالتهديد المفزع في النفس أو المال أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للمكره باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الإقرار بقبول ما لم يكن يقبله اختيارا . وإن فمتى كان

(١) المنهوري ص ٢٨٥ ومابعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٧٢ - أحمد

حشمت أبو ستيت ص ١٧٤ ومابعدها .

الحكم إذ قضى ببطلان الاتفاق المبرم بين الطاعن الأول والمطعون عليه الأول قد أسس قضاءه على أن الظروف التي أحاطت بهذا الأخير والتي ألبأتها وحدها إلى توقيع الاتفاق هي ظروف يتوافر بها الإكراه المفسد للرضا ، وكان ما أثبتته الحكم وهو في صدد بيان هذه الظروف قد جاء قاصرا عن بيان الوسائل غير المشروعة التي استعملت لإكراه المطعون عليه الأول على التوقيع على الاتفاق - فإن الحكم يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/٨)

٢- " الإكراه المبطّل للرضا يتحقّق - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعماله وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا . وإذا كان الطاعن لم يخصص اختيارا عين النزاع لاستعمال هيئة الكهرباء دون مقابل وإنما جاء بوليد ضغطها عليه بأنها لن توصل تيار الكهرباء لعقاره إلا بعد تنازله لها بغير مقابل عن الانتفاع بحجرة فيه تضع فيها الكابلات والمحولات المخصصة لاستعمالها ، وكانت هيئة الكهرباء

هى التى تقوم وحدها دون غيرها بتوصيل تيار الكهرباء إلى عقاره واعتقادا منه أن خطرا جسيما وشيك الحلول به ويتهده من هذا الحرمان ، هو عجزه عن الانتفاع بعقاره الانتفاع المعتاد لمثل هذا العقار بغير إنارة بالكهرباء مما أجبره على قبول طلب الهيئة التى استعملت هذه الوسيلة للوصول إلى غرض غير مشروع وهو الانتفاع بالحجرة التى تضع فيها الكابلات والمحولات بغير مقابل. إذ كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون خالف الثابت بالأوراق وأسس قضاءه بنفى حصول الإكراه على الطاعن من استدلال غير سائغ " .

(طعن رقم ٩٦٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٥)

٣- " الإكراه المبطل للرضا إنما يتحقق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بتهديد المتعاقد المكره بخطر محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبل اختيارا ... الخ " .

(طعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٦٣ لسنة ٥٥ ق جلسة

(١٩٨٨/١٢/٧

٤- " إذا كان النص فى المادة ١٢٧ من القانون المدنى على أنه : "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة

بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس " يسدل على أن الإكراه المبطّل للرضا لا يتحقّق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلا بتهديد المتعاقد للمكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلّص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على (الإقرار بقبولها ما لم يكن يقبله اختياراً ويجب أن يكون الضغط الذى تتولد عنه فى نفس العاقد الرهبة غير مستند إلى حق وهو يكون كذلك إذا كان الهدف الوصول إلى شئ غير مستحق ولو سلك فى سبيل ذلك وسيلة مشروعه " .

(طعن رقم ١٧٦٦ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٢/١/٨ - غير منشور)
٥- " إن طلب الاستقالة باعتبارها مظهراً من مظاهر إرادة الموظف فى اعتزال الخدمة يجب أن يصدر برضاء صحيح فيفسده ما يفسد الرضا من عيوب ، ومنها الإكراه إذا توافرت عناصره ، بأن يقدم الموظف الطلب تحت سلطان رهبة بعثتها الإدارة فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ، بأن كانت ظروف الحال تصور له خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الصحية والاجتماعية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامته . ومن حيث أن المحكمة ترى من

الظروف والملابسات التى أحاطت توقيت طلب الاستقالة والعجلة التى لابت قبولها فى ذات يوم تقديمها أنها كانت مطلوبة أساساً بغرض التحلل من الضمانات التى أحاط بها القانون الطالب باعتباره من أعضاء الهيئة القضائية غير القابلين للعزل طبقاً للمادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية ، وإن الطالب لم يتقدم بهذه الاستقالة عن رغبة صحيحة ورضاء طليق من الإكراه ، وتستمد المحكمة اقتناعها هذا بما ثبت من الأوراق من أن الطالب كان يتردد على مستشفى هليوبوليس للعلاج من ارتفاع فى ضغط الدم وارتفاع نسبة الكلسترول بالدم وآلام حادة بالصدر " الشريان التاجى " وكان يجرى فحوصاً طبية بالمستشفى فى ، ونصح له بالراحة التامة مع العلاج لمدة شهر ، وأن الطالب استدعى إلى مكتب مساعد وزير العدل لشئون التفتيش القضائى فى ... ، وهو يعانى من مرضه الثابت بالتقارير الطبية حيث واجهه شفهاً بما هو منسوب إليه بمحضر تحريات الرقابة الإدارية - وهو مجرد أقوال مرسلة لا دليل عليها لم يجد فيها السيد النائب العام ما يدين الطالب جنائياً بل وربما تأديبياً فأرسله للتفتيش القضائى للنظر - فقدم الطالب استقالته مكتوبة دون أن يجرى معه تحقيق فيما ورد بهذه التحريات مجهولة المصدر فى أغلبها ، وقد أصدر وزير العدل قراره الرقيم ، بقبول استقالته فى ذات يوم تقديمها ... ولا

يتفق والمجرى العادى للأمور أن يسعى الطالب وهو من رجال القضاء الذين يدركون ما لهم من حقوق و ضمانات إلى التقدم بطلب استقالته مختاراً فى الظروف التى قدمت فيها ما لم يكن ذلك نتيجة رهبة حقيقية عاناها ولم يقو على تحملها أو مقاومتها وهى تهديده بأن استقالته بديل عن القبض عليه وحبسه وقد دفعه إلى تقديم طلب الاستقالة خشية على حياته بسبب حالته المرضية التى أثر عليها انفعاله بسبب منعه من الخروج من إدارة التفتيش القضائى قبل تقديمها ويؤكد هذا النظر أن المحكمة لم تستشف من الأوراق ثمة مصلحة للطالب تبرر التقدم بطلب الاستقالة خاصة وأن ملفه السرى لا ينبئ عن سلوك منحرف بل الثابت من الأوراق أن الطالب أبرق إلى السيد وزير العدل ورئيس مجلس القضاء الأعلى وقدم مذكرة يشكو فيها ما تعرض له من إكراه على طلب الاستقالة طالباً سحبها والتحقق معه ومساءلته قانوناً إن كان هناك موجب للمسئولية ، فضلا عن أن حالته الصحية تدهورت فى ، وثبت من التقارير الطبية أنه مازال يعانى من ارتفاع ضغط الدم وارتفاع حاد بنسبة الكلسترول بالدم والشريان التاجى مع تصلب فى الشرايين ونصح له بالراحة التامة بالمستشفى ودخلها اعتباراً من ، وحتى لما كان ذلك وكان طلب الاستقالة وقد صدر على ما سلف بيانه عن غير إرادة حرة تحت تأثير الإكراه المفسد للرضا والاختيار ، فإنه

يعتبر باطلا ويبطال معه تبعا لذلك قرار وزير العدل بقبول الاستقالة :
المبنى عليه ومن ثم يتعين الحكم بإلغائه " .

(الطلب رقم ٤٩ لسنة ٦٥ القضائية (رجال القضاء) جلسة
١٩٩٦/٥/١٤)

٢٩- الإكراه في حالة الضرورة (الإكراه بالصدفة) :

يراد بذلك أن ظروفًا تنهياً مصادفة فيستغلها المتعاقد للضغط
على إرادة الطرف الآخر وحمله على التعاقد . ومثل ذلك أن
تشرف سفينة على الغرق فتتقدم أخرى لإنقاذها ويشترط قائد هذه
الأخيرة قبل الإنقاذ التعهد بمبلغ كبير في مقابل عملية الإنقاذ . أو
يتقدم شخص لإنقاذ آخر من غرق أو حريق أو قتل فيطلب منه
التعهد بمبلغ باهظ في مقابل ذلك .

أو أن يطلب طبيب متخصص في نوع خطير من العمليات
الجراحية أجرا فاحشا من مريض يخشى على نفسه الهلاك إذا لم
تجر له هذه العملية .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصا برقم (١٧٨)
يقضى بأن : "١- لا يعتبر إكراها الخوف من المطالبة بحق ، ما لم
يستغل الضيق الذى وقع فيه الطرف المهدهد ، فيبتز منه ما يزيد
كثيرا على ما فى ذمته من حق " . وهذا النص يجعل الإكراه فى
حالة الضرورة (الإكراه بالصدفة) الذى نتناوله إكراها يجيز طلب
إبطال العقد . إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة ، ولم يكن

هذا الحذف بقصد العدول عن حكمه وإنما اكتفاء بالنصوص الأخرى^(١) .

ولذلك فالرأى أنه طالما أن نصوص القانون قد خلت مما يقتضى التمييز بين إكراه يهيئه شخص أو يتهياً مصادفة .
وطالما أن الإرادة ليست حرة والغرض غير مشروع بل صدرت الإرادة تحت تأثير الضغط ، فالإرادة فاسدة ، سواء فى ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبى أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها . فأثر الضغط فى إرادة المتعاقد واحد فى كل هذه الأحوال^(٢) .

غير أن هذا القول يقتضى أن يكون المكره سئ النية ، فإذا كان حسن النية لم يقصد إلى استغلال الطرف الآخر فلا يبطل العقد .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٨٦ .

(٢) السنهورى ص ٢٨٩ - عبد المنعم الصده ص ٢١٧ وما بعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٧٦ - جلال العدوى ص ١٨٠ - وعكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٨٠ فيذهب إلى أن الرأى السليم الذى يمتشى مع طبيعة الإكراه ذاتها ، ويتوافق مع أصله التاريخى الموروث ، هو أن مجرد الرهبة المتولدة من الظروف المحيطة كالرهبة المتولدة من الخشية التأديبية تماماً ، لا يعتبر إكراها من شأنها أن يدفع العقد بالقابلية للإبطال .
فمؤدى الإكراه بحسب طبيعته نفسها وبحسب أصله التاريخى ، أن تبعث الرهبة فى نفس المتعاقد بفعل فاعل ، لا أن تتولد تلقائياً بفعل الظروف المحيطة . ومقتضى ذلك أنه يتوجب أن تكون الرهبة قد ولدت فى نفس المتعاقد بفعل شخص معين . فلا يكفى أن تكون قد انتبعت تلقائياً فى نفس المتعاقد ، بتأثير ظروف تواجدت حوله .

٤٠- إثبات الإكراه :

يقع على عاتق المتعاقد المكره أى الذى يدعى حصول الإكراه لإثبات الإكراه بشروطه التى ذكرناها فيما سلف . ويجوز له الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن ، ولو كان العقد الذى أبرم نتيجة للرغبة التى بعثها الإكراه مكتوباً ، لأن الإثبات هنا ينصب على واقعة مادية .
(راجع أيضاً بند ٣٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لمحكمة الموضوع أن تستدل على الإكراه من أى تحقيق قضائى أو إدارى باعتباره قرينة قضائية ولو لم يكن الخصم طرفاً فيه ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك مادام ما استتبطنه مستمداً من أوراق الدعوى ومستخلصاً منها استخلاصاً سائغاً يؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها " .

(طعن رقم ٥١٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢١)

٤١- أثر الإكراه :

إذا توافرت شروط الإكراه على النحو الذى بسطناه ، أنتج الإكراه أثره . ويتمثل هذا الأثر فى جعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الطرف المكره .

ويثبت حق طلب الإبطال ، سواء أكان الإكراه قد دفع المكره إلى قبول التعاقد ذاته ، أم اقتصر على حمله على قبول شروط أقصى وأشد وقرا مما كان يقبل بها العقد من غيره قياسا على الرأي الراجح شأن التدليس الذي أشرنا إليه فيما سلف .

والعقد فوق أنه قابل للإبطال لعيب شاب الإرادة ، فإن الإكراه يشكل خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية قبل فاعله .

وينبنى على ذلك أنه بجانب الخيار الثابت للمكره في التمسك بالعقد أو إبطاله ، له أن يطلب التعويض من المكره عما ناله من ضرر .

٤٢- الشرط الثالث :

أن يكون الإكراه صادرا من المتعاقد الآخر أو يكون الأخير عالما به أو من المفروض حتما أن يعلم به ، إذا كان صادرا من غير المتعاقدين :

يجب لإعمال الإكراه باعتباره عيبا يشوب الإرادة ويجعل العقد بالتالى قابلا للإبطال ، أن يكون متصلا بمن يتعاقد مع المكره . ويكون الإكراه كذلك إذا كان صادرا من المتعاقد مع المكره .

وفى هذا تنص الفقرة الأولى من المادة ١٢٧ على أن : " إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر ... الخ " .

بيد أن هذا ليس ضروريا فيكفى أن يكون الإكراه صادرا من الغير إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض حتما أن

يعلم بهذا الإكراه (م ١٢٨) ، وسنرجئ الحديث عن الإكراه الذى يصدر من الغير إلى شرح المادة (١٢٨) .

ومقتضى حرفية المادة (١٢٧) يؤدى إلى قصر الإكراه على الإكراه الذى يصدر من ذات المتعاقد الآخر . إذ لم تلحق هذه المادة الإكراه الذى يصدر من نائب المتعاقد ، بالإكراه الذى يصدر من المتعاقد ذاته ، كما فعلت الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ بالنسبة لإبطال العقد للتدليس .

ويذهب - بحق - رأى فى الفقه إلى أنه يجب التوسعة فى تطبيق النص والقول بإعمال الإكراه إذا وقع من النائب ، كالولى والوصى والقيم والوكيل لأن النائب وإن كان لا يعتبر من الناحية القانونية هو المتعاقد ، فهو الذى يمثل فى إبرام العقد . وأغلب الظن أنه قد جاء سهواً من المشرع ألا ينكر النائب ليعطى الإكراه الواقع منه حكم الإكراه الحاصل من أصله . وأيا ما كان الأمر ، فينبغى قياس الإكراه على التدليس^(١).

وقد ذكرنا عند تناول التدليس أن النائب يشمل فوق النائب بمعناه القانونى كالولى والوصى والقيم والحارس القضائى وأمين التفليسة والوكيل كل من يعاون المتعاقد بتكليف منه كالسمسار .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٧٣ .

ولئن كان من شأن حرفية نص المادة ١٢٧ أن مقتضى وجوب
توافر شرط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر في جميع أنواع
التصرفات ، إلا أنه يجب قصر تطلبه على المعاوضات وحدها دون
التبرعات ، شأن الإكراه في ذلك شأن ما قلناه في صدد التكليس
وتأسيسا على نفس الاعتبارات .
(راجع بند ٢٦) . .

مادة (١٢٨)

إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه .

الشرح

٤٣- الإكراه من غير المتعاقدين :

أجاز الشارع فى المادة ١٢٧ صدور الإكراه من غير المتعاقدين ، وبذلك سوى بين التتليس والإكراه فى هذا الشأن^(١) . والمقصود بالغير ، من هم غير المتعاقد الآخر أو نائبه بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا .

إلا أنه يشترط لترتب الإبطال على الإكراه الصادر من الغير ، أن يكون المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه . وهو يماثل المقرر فى شأن التتليس ، فبحيل إلى ما ذكرناه عند تناول التتليس فى تفاصيل ذلك . (راجع بند ٢٦) .

وإذا لم يثبت الإكراه بشروطه على النحو السالف ، فلا يجوز إبطال العقد ، إذ يكون المتعاقد الذى لم يقع عليه الإكراه حسن النية ،

(١) كان التتليسين القديم ، على غرار التتلين الفرنسى ، يفرق بين الإكراه والتتليس إذا صدرا من الغير ، فالأول يجعل العقد قابلا للإبطال ، أما الثانى فلا يكون له هذا الأثر وفق ما كان سائدا فى ظل القانون القديم .

ولو أبطلنا العقد رغم ذلك لو جب له التعويض ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحا .

ويكون القانون قد أقام العقد حينئذ على الإرادة الظاهرة .
وفى هذه الحالة لا يبقى أمام المكره إلا أنه يطالب الغير الذى ضغط عليه بالتعويض .

وكان نص المادة (١٧٧) من المشروع التمهيدى المقابل للمادة (١٢٨) ينص على ذلك صراحة فى فقرته الثانية التى تجرى على أنه : " فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه ، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكره إلا أن يطالب المكره بالتعويض إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لأنه يقرر حكما تكفى فيه قواعد المسؤولية ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ص ١٨٥ وما بعدها .

مادة (١٢٩)

١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن للمتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة .

٣- ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن .

الشرح

الاستغلال :

٤٤- الاستغلال والغبن :

الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه . فهو بهذا يعتبر المظهر المادى للاستغلال ، ومن ثم يتميز عنه بأمرين جوهرين : الأول ، أنه لا يتصور إلا فى المعاوضات المحددة ، فلا يكون فى عقود المعاوضة الاحتمالية لأن الغبن من طبيعة هذه العقود ، ولا يكون فى التبرعات لأن العاقد فيها يعطى ولا يأخذ .

والثاني ، أنه يقاس بمعيار مادي ، فينظر فيه إلى ما بين الاداءات المقابلة من تفاوت في القيمة المادية، أى القيمة بحسب سعر السوق. فإذا اعتد به الشارع فى حالات معينة فعالبا ما يحدد التفاوت الذى يتحقق معه الغبن برقم معين .

أما الاستغلال هو أمر نفسى لايعتبر الغبن إلا مظهرا ماديا له . فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التى يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا يقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً مألوفاً .

ومن هذا فهو يختلف عن الغبن فى الأمرين المذكورين، إذ يصح أن يقع فى جميع التصرفات ، كما أن المعيار فيه معيار شخصى لا مادي .

ويخلص من هذا إلى أن الغبن عيب فى العقد ، لأنه يتحقق بمجرد التفاوت المادى المقدر له حتى لو كانت إرادة التعاقد المغبون سليمة . أما الاستغلال فعييب فى الإرادة لأنه زيادة على التفاوت غير المألوف ، لابد من أن يستغل فيه التعاقد ضعفاً فى المغبون بحيث تقسد إرادته ويدفع وإلى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٢١٨ - سمير تناغو ص ٦٣ ومابعدهما .

وقد جاء بملزمة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- لم يأخذ المشروع بمذهب التقنين الألمانى ، فيما يتعلق باستغلال المتعاقد ، بل اتقى أثر المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس يعنى هذا

التقنين أن المغبون قد خضع لتأثير لم يستطع التغلب عليه بإرادته ، وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء .

ولكن يعنيه أمر مختلف كل الاختلاف ، هو أن الطرف الآخر قد استغل ، فيمن تعاقد معه ، ما قام به من ضعف ، وما اشتد عليه من عوز . فليس ينطوى الأمر على عيب في الرضاء ، بل هو ينطوى على عمل مخالف لسلاّداب ، صدر من المتعاقد الذي حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته . ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق ، لا البطلان النسبي " (تعليقات على التقنين الألماني ، الجزء الأولى ، ص ١٥٦) .

تلك وجهة التقنين الألماني . وقد أثر المشروع اطراحها ، واتباع ما اختاره المشروع الفرنسي الإيطالي في هذا الصدد . فلم يعتبر الغبن عملا مخالفا للسلاّداب ، بل اعتبره عيبا من عيوب الرضاء ، يستتبع وجوده بطلان العقد بطلانا نسبيا . بيد أنه يشترط لذلك توافر أمرين . أحدهما مادي أو موضوعي ، وهو فقدان التعادل ما بين قيمة ما يأخذ وقيمة ما يعطى ، على نحو يتحقق معه معنى الإقراط ، والآخر نفسي أو ذاتي ، وهو استغلال المتعاقد الذي أصابه الغبن . وقد نسج المشروع على منوال المشروع الفرنسي الإيطالي ، فجعل حكم الشرط الثاني من العموم بحيث يتسع لجميع الفروض التي لا يكون للعائد فيها ما يكفي من حرية الرضاء أو الخيار . فلم يعد أساس الغبن ، بعد هذا التوسع ، قاصرا على افتراض الإكراه فحسب ، بل جاوز ذلك إلى افتراض للتكليس أو الغلط . وبهذا يصبح العيب عيبا من عيوب الرضاء " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٩٠ وما بعدها) .

(شروط الاستغلال)

جعل الشارع من الاستغلال - كما رأينا - عيباً فى الإرادة ينطبق على سائر التصرفات . ويبين من للمادة (١٢٩) أنه يشترط لقيام هذا الاستغلال ثلاثة شروط هى :

١- أن يخلل التعادل بين الأداءات المتقابلة فى العقد أو ينعدم هذا التعادل عند عدم وجود مقابل .

٢- أن يكون هناك استغلال لطيش بين أو هوى جامع فى المتعاقدين المغبون .

٣- أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقدين المغبون إلى التعاقد .

ونعرض لهذه الشروط الثلاثة بالتفصيل فيما يأتى :

٤٥- الشرط الأول :

أن يخلل التعادل بين الأداءات المتقابلة أو أن ينعدم عند

عدم وجود المقابل :

يستحق هذا الشرط كما تنص الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر " .

فيقتضى هذا الشرط أن يكون هناك اختلال فى التزامات المتعاقدين ، إلى حد يجاوز المألوف بشكل واضح أو إذا كانت

التزامات أحد المتعاقدين لانتعادل بشكل كبير مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة من العقد ، وهو ما يعبر عنه بالاختلال القادح أو الشديد (١) .

وهذا هو العنصر للمادى أو الموضوعى فى الاستغلال ، لأنه هو الذى يكشف عن العنصر النفسى وهو استغلال حالة الضعف فى المتعاقد المغبون . ولذلك فهو يعتبر مفتاح الموقف فى مجال الإثبات. فإذا قام الدليل عليه وهذا أيسر من إثبات العنصر النفسى ، فإنه يلفت النظر إلى الظروف غير العادية التى تم فيها العقد ، فيجعل القاضى ينتقل إلى بحث العنصر النفسى .

والمجال الطبيعى لاختلال التعادل هو فى عقود المعاوضة المحددة ، أى حيث يأخذ كل من المتعاقدين ويعطى وحيث يعرف كل منهما على وجه التحديد مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى . ففى البيع مثلا يكون عدم التناسب بين قيمة المبيع وبين الثمن . كما إذا استغل شخص طيشا بيئا فى آخر وجعله يبيعه داره التى تبلغ قيمتها مائة ألف جنيه بخمسين ألف فقط .

إلا أنه من الممكن أن يتحقق الاختلال أيضا فى العقود الاحتمالية، وذلك على الرغم من أنها تقوم على احتمال الكسب والخسارة ، إذ أن هذا لا يحول دون أن تكون مجالا للاستغلال . وذلك حين يكون الاختلال فادحا بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة . كما فى عقد بيع عقار كبير القيمة فى مقابل إيراد مرتب

مدى الحياة لشيخ هرم مريض لايرجى منه أن يعيش إلا مدة وجيزة^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي في هذا الشأن بأنه :

" وتحسن الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها ، يجوز أن يطعن فيها على أساس الغبن ، إذا اجتمع فيه معنى الإفراط ، ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه (أنظر المادة ٢١٤ من التقنين اللبناني) " ^(٢).

والاستغلال لا يكون في المعاوضات فحسب ، وإنما يكون في التبرعات أيضا ، بل إن التبرعات هي الأساس والمجال الخصب الرحيب لإعمال نظام الاستغلال ، لاسيما لاستغلال الهوى الجامح. وقد حرص المشرع في الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ على أن يشير إلى ما يفيد إعمال نظام الاستغلال في مجال التبرعات فقال إنه يقوم على عدم التناسب بين التزامات العاقد وبين ما يحصل عليه "من فائدة" ، وذلك زيادة على قوله بعد ذلك بقيامه على عدم التناسب بين التزامات المتعاقد المستغل مع " التزامات المتعاقد الآخر " ^(٣).

(١) السنهوري ص ٢٩٧ - عبد المنعم الصده ص ٢٢٣ - وعكس ذلك محمود جمال الدين زكي ص ٧١ .

(٢) مجموعة الأعمال للتوضيحية ج٢ ص ١٩١ .

(٣) السنهوري ص ٢٩٧ وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٩٥ وما بعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٨١ وما بعدها - عبد المنعم حسني ص ٣٥ .

والأعمال التحضيرية قاطعة على سريان نظام الاستغلال على التبرعات إلى جانب المعاوضات^(١).

وواضح من ذلك أنه في التبرعات لا يقال إن هناك اختلالاً في التعادل بين التزامات المتعاقدين ، إذ لا تعادل أصلاً في التبرعات ، فهو معدوم فيها ، لأن العاقد لا يأخذ مقابل لما يعطي . وإنما يكون تقدير العنصر المادى فيها بالنظر إلى مقدار التبرع بالنسبة إلى ثروة المتصرف وكذلك بالنسبة إلى ما يؤلف التبرع به في مثل

(١) فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى المقابلة للفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى تصرح بسريان الاستغلال على عقود التبرع إذ كانت تقضى بأن :

" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل للبنة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر وتبين أن المتعاقدين المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه أو تبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعاً " وقد حذفت العبارة الأخيرة - على ما جاء بتقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ " لأنها من قبيل التزبد " (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٩٢ وما بعدها) وكان هناك اقتراح فى اللجنة بقصر أحكام الاستغلال على التبرعات دون المعاوضات (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٩٩) .

الظروف التي وجد فيها المتصرف . وإلى التناصب بين مقدار التبرع وبين المنفعة الأدبية التي يحققها له المتبرع له ^(١).

ومثال الاستغلال في التبرعات أن يهب شخص لزوجته الجديدة وأولاده منها - دون أولاده الآخرين - كل أمواله ، ويكون هذا التصرف نتيجة استغلال الزوجة الجديدة لهواه ^(٢). وهنا لا يقال إن التعادل مختل اختلالا فادحا بل يقال إنه غير موجود أصلا ، فالمتبرع أعطى دون مقابل ، وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البين أو لهواه الجامح ^(٣).

والاستغلال بجاوز العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، كما إذا أوصى شخص بجميع ما يملك الإيضاء به لشخص استغل فيه طيشا أو هوى جامحا ، فالوصية هنا يعيها الاستغلال ، وهي ليست عقدا بل عملا قانونيا صادرا من جانب واحد ^(٤).

وتقدير فداحة اختلال التعادل أو انعدام الفائدة متروك لقاضي الموضوع . وهو في تقديره لا يتقيد برقم ثابت ، بل ينظر في ظروف كل حالة مستهديا بما تعارف الناس عليه وناظرا أول ما

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٢٤ .

(٢) السنهوري ص ٢٩٨ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٨٢ هامش (١).

(٣) السنهوري ص ٢٩٨ .

(٤) السنهوري ص ٢٩٨ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٨٢ هامش (١) .

ينظر إلى ما يساويه الشيء في اعتبار المتعاقد ، فقد يكون هذا هاويا
يسبذل في سجادة أو صورة أو طابع يريد ينقص مجموعة لديه ثمنا
أكبر بكثير مما يساويه مثله في السوق ، فلا يكون ثمه اختلال ،
لكن قد يتحقق الاختلال رغم ذلك في مثل هذه الفروض إذا كان ما
بذل من ثمن قد بولغ فيه إلى حد يمكن معه القول بمجاوزة القيمة
الشخصية للشيء^(١).

والعبرة في تقدير العنصر المادى فى الاستغلال على النحو الذى
ذكرناه هى بوقت إبرام التصرف^(٢).

٤٦- الشرط الثانى :

**أن يكون هناك استغلال لطيش بين أو هوى جامع فى
المتعاقد المغبون :**

عبرت الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى عن هذا الشرط
بقولها : " قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا " . وهذا هو
العنصر النفسى فى الاستغلال .

وإذا تمسحينا مع منطق الأمور ذاته ، وجدنا أن كل مظهر من
مظاهر الضعف الإنسانى أيا كان نوعه أو طبيعته ، من شأنه أن
يقيم الاستغلال طالما أنه قد استغل بالفعل فى صاحبه مثل الطيش

(١) أحمد حشمت أبو مستيت ص ١٨١- عبد المنعم للصدى ص ٢٢٢
ومابعدا - محمود جمال الدين زكى ص ٧٠ .
(٢) عبد المنعم حسنى ص ٣٥ .

البين أو الهوى الجامح اللذين نصت عليهما الفقرة المذكورة . ومع ذلك قصرت الفقرة مظاهر الضعف الإنساني ، التى يمكن أن تكون محلا للاستغلال على الطيش البين والهوى الجامح ، بعد أن كانت المادة (١٧٩) من المشروع التمهيدى التى تقابل المادة (١٢٩ مدنى) مرنة فضفاضة ، ذاكرة الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإرادة وعلى العموم عدم صدور الرضاء عن اختيار كاف ^(١).

وقد جاء هذا التضييق نتيجة مناقشات محتدمة فى لجنة مجلس الشيوخ جرأت إلى أن تتناول نظام الاستغلال فى ذات وجوده . وكان محور تلك المناقشات خشية البعض من أن يؤدى نظام الاستغلال إلى قلقلة المعاملات وعدم استقرارها ^(٢).

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه : " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل مطلقا مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أولا تتعادل مطلقا مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يكون مفروضا ، تبعا للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتيبن ، بوجه عام ، أن رضائه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضى ، بناء على طلب الطرف المغبون ، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعا " .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٩٣ ومابعدها . .

ويقصد بالطيش البين الخفة الزائدة التى تؤدى إلى التسرع وسوء التقدير (١).

ويقصد بالهوى الجامح ، الميل ، الجارف نحو ما تهواه النفس وفيه معنى غلبة العاطفة وضعف الإرادة وما يؤدى إلى من إفلات الزمام . ويستوى أن تنصرف هذه للرغبة إلى شخص أو إلى شئ من الأشياء وإن كان الغالب أن يكون الهوى الجامح نحو شخص (٢). وقد جاء بتقرير مجلس الشيوخ عن نص المادة (١٧٩) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٢٩) مدنى أن المقصود بالهوى الجامح " الشهوة الجامحة لا المودة والعطف وقد ترك تحديد الطيش والهوى لتقدير القاضى " (٣).

ومثال الطيش البين أن يرث شاب مالا كثيرا فيستغل المراهون نزقه وطيشه ويحصلون منه على عقود تؤدى بأمواله (٤).

ومثال الهوى الجامح ما يأتى :

١- أن ترغب امرأة متزوجة فى الزواج من رجل غير زوجها فتعطى زوجها مالا كثيرا كي يطلقها حتى تستطيع الزواج من الآخر ويعمد الزوج إلى استغلال هذه الرغبة (٥).

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٣٥ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٨٣ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٩٣ - محمود جمال الدين زكى ص ٧١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠١ .

(٤) عبد المنعم الصده ص ٢٣٥ .

(٥) استئناف مصر الوطنية فى ١٢ يناير ١٩٣٦ .

٢- أن يتزوج رجل طاعن في السن امرأة في مقتبل العمر تستغل هواه فتجعله يبرم لصالحها ولصالح أولادها عقودا يؤثرهم بها على زوجة أخرى وأولاد آخرين^(١).

٣- أن يعجب أحد هواه التحف بقطعة فنية إلى حد أن تأسر منه عقله وفكره ووجدانه^(٢).

ويلاحظ أن نص المادة (١٢٩) مدنى بوضعه الحالى يقصر عن مواجهة الحالات التى يبرم الشخص فيها التصرف وهو مسلوب الإرادة دون أن يكون ذلك راجعا إلى طيش أو هوى .
وقد عرضت للقضاء حالات من هذا القبيل فلجأ إلى نظرية الاستهواء والتسلط على الإرادة التى أخذ بها القضاء الفرنسى^(٣).

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم قد بنى قضاءه ببطلان عقد البيع على فساد رضا البائع لكونه متقدما فى السن ومصابا بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد خصوصا لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم فإنه لاسبيل إلى الجدل فى ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع الدعوى".

(طعن رقم ٦١ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٢/١/٢)

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٣٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٩٣ .

(٣) عبد المنعم الصده ص ٢٢٥ ومابعدا .

كما قضى بعدم التزم ورثة المتوفى بما تعهد به فى سند صدر منه وهو فى حالة مرضية تهدد حياته بالخطر مما جعله يفكر فى الانتحار فضلا عن كونه فى حالة عقلية تجعله مسلوب الإرادة^(١).

٤٧- الشرط الثالث :

أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد :

يتحقق هذا الشرط كما تنص الفقرة الأولى عن المادة ١٢٩ مدنى " إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا " .

فيجب أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى إبرام التصرف بمعنى أن يكون هو الذى حمل الطرف المغبون على ارتضاء العقد على نحو ما ارتضاه عليه ، بحيث أنه ما كان ليرتضيه على هذا النحو لولا . فالمعيار ذاتى كما هو الشأن فى عيوب الإرادة .

فكما أن عيوب الإرادة الأخرى لابد أن تكون هى التى دفعت إلى التعاقد ، فكذاك يكون الاستغلال إذ أنه باستغلال الضعف الموجود فى المغبون، وهو الطيش أو الهوى ، وقيام المغبون تحت تأثير هذا الاستغلال بإبرام التصرف تكون إرادته معيبة فيصبح العقد قابلا للإبطال .

(١) استئناف مصر فى ٣١ مايو سنة ١٩٣٣ .

وإذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، فسيان بعد ذلك أن يكون قد دفع ضحيته إلى أن يبرم العقد مع من استغله ذاته ، أو مع شخص آخر غيره يعمل لمصلحته . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، أن تستعمل الزوجة هوى زوجها الجامح نحوها ، فتجعله بهب ماله لأولادها^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدني أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينا ، أو هوى جامحاً ، بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١١/٥/١٩٦٧)

٢- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدني أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامحاً بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن المبنية على الغبن على أنه لم يدع أن المطعون ضده قد استغل فيه طيشاً

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٩٧ .

بيننا أو هوى جامحا وأن ما ذهب إليه الطاعن من أن الأخير استغل فقط حاجته وعدم خبرته - بفرض صحته لايعتبر غبنا فى مفهوم المادة ١٢٩ من القانون المدنى فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٧١٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٣١)

٣- " النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ من القانون المدنى يدل على أنه لايكفى لإبطال العقد للغبن أن تكون التزامات أحد المتعاقدين غير متعادلة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر بل يتعين فضلا عن ذلك أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد " .

(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٢)

٤- " يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدنى التى تجيز إبطال العقد للغبن أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٧)

٤٨- علاقة الاستغلال بعيوب الرضاء الأخرى :

واضح أن الاستغلال يتفق مع غيره من العيوب فى أنه يعيب الإرادة . كما أنه فوق ذلك يقترب فى جوهره من هذه العيوب . فعيوب الإرادة تجمع بينها فكرة مشتركة بحيث يصعب فصل واحد منها عن غيره من العيوب فصلا تاما . فاستغلال الطيش البين يدنو من الغلط والتكليس ، لأن الخفة والنزق اللذين يعتريان المغبون فى هذه الحالة يعميانه عن الحقيقة فيضل ويتعاقذ على غير هدى . واستغلال الهوى الجامح يدنو من الإكراه ، لأن المغبون فى هذه الحالة يكون صريع هواه فيستغل الطرف الآخر هذا الظرف للضغط على إرادته كى يحصل منه على مغنم فاحش .

وهذا المعنى نجده واضحا فى نص المشروع الفرنسى الإيطالى ونص المشروع التمهيدى فيما ينكرانه فى النهاية من أنه يكون مفروضا تبعا للظروف ، أو من أنه يتبين بوجه عام أن رضاء المغبون لم يصدر عن اختيار كاف .

إلا أن فكرة الغلط أو التكليس أو الإكراه التى يثيرها الاستغلال تكمن وراء الوقائع المكونة لهذا الاستغلال . فلا يقدر لها أن تظهر أو أن تكون محل إثبات ، وإنما يراد بنكرها بيان أن ما تتأثر به الإرادة فى الاستغلال لا يختلف فى جوهره عما تتأثر به العيوب الأخرى^(١) .

(١) للمنهورى ص ٣٠١ ومابعدها - عبد المنعم الصده ص ٢٢٦ ومابعدها .

٤٩- إثبات الاستغلال :

يقع عبء إثبات توافر الاستغلال بكافة شروطه على عاتق الطرف المغبون الذى يتمسك بالاستغلال .

ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات - بما فيها البينة والقرائن - لأن الإثبات ينصب على وقائع مادية .

وحصول الوقائع المكونة للاستغلال ، وهى وجود الاختلال الفادح ووجود طيش أو هوى واستغلال هذا وذاك وكون هذا الاستغلال هو الذى دفع إلى التعاقد مسألة موضوعية .
(راجع بند ٤٧) .

الجزاء الذى يترتب على الاستغلال

٥- الإبطال أو الإنقاص :

إذا توافرت شروط الاستغلال على النحو الذى قدمناه جاز للقاضى ، كقول المادة ١٢٩ " أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد " .

ومن هذا يتبين أن جزاء الاستغلال فى القانون المصرى الجديد هو إما الإبطال أو الإنقاص .

فالطرف المغبون بالخيار بين أن يرفع دعوى إبطال للعقد أو دعوى إنقاص التزاماته بالقدر الذى يزيل الغبن .
ونعرض لذلك فيما يلى .

٥١- (أ) دعوى الإبطال :

للطرف المغبون إذا أراد التخلص من العقد ، أن يرفع دعوى إبطال العقد .

غير أنه يجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن (م ١٢٩/٣) .
فإذا كان المشتري قد استغل البائع فإن المشتري يستطيع أن يتوقى الإبطال إذا عرض زيادة فى الثمن يراها القاضى كافية لرفع الغبن .
وليس معنى ذلك أنه يشترط التعادل بين الثمن وقيمة المبيع . بل إن

المقصود أن تكفى هذه الزيادة فى الثمن لأن تزيل الغبن الفاحش .
والمسألة مرجعها فى تقدير القاضى فى ضوء الظروف^(١) .

٥٢- (ب) دعوى الإنقاص :

يجوز للمتعاقد المغبون - إذا أراد الإبقاء على العقد - أن يرفع
دعوى بإنقاص التزاماته الناشئة عن العقد .

ويستجيب القاضى إلى هذا الطلب إذا رأى أن فى ذلك الإنقاص
ما يكفى لرفع الإجحاف عنه .

ومثال ذلك أن يستغل شخص الطيش البين فى آخر فيبعه ماله
بثمن باهظ فيطلب الطرف المغبون إنقاص الثمن إلى الحد الذى
يرفع عنه فاحش الغبن . أو يستغل ربان سفينة الهوى الجامح نحو
الحياة لدى سفينة أخرى تشرف على الغرق فيفرض ثمنا باهظا
لإنقاذها ، فيطلب صاحب السفينة الغارقة إنقاص الثمن إلى الحد
العادل .

ولا يشترط أن يعيد القاضى التوازن بصفة كاملة إلى العقد ، بل
يكفى أن يرفع الظلم الظاهر وأن يترك بعض الاختلال البسيط فى
الالتزامات المتقابلة . فالمقصود هو رفع الفحش فى الغبن أو
الإقراط فى الغرم . ، وليس المقصود هو إزالة كل الغبن أو كل

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٢٨ - عبد المنعم حنى ص ٣٦ .

الغرم . فالغبن البسيط أو عدم التوازن القليل بين الأخذ والعطاء ، لا يؤيدان إلى قيام الاستغلال أصلا^(١).

غير أنه إذا رفع الطرف المغبون دعواه طالبا إبطال العقد فإن القاضى لا يلزم بالقضاء بطلباته ، وإنما يجوز له أن يحكم بإنقاص التزاماته إن رأى أن الاستغلال لم يبلغ حد إفساد الإرادة وأن المغبون كان يقبل بغير الاستغلال التعاقد بشروط أقل كلفة والقاضى فى خياره بين أن يحكم بإبطال العقد أو بإنقاص التزامات الطرف المغبون إنما يستهدى ظروف الدعوى وملابساتها ، ولا رقابة عليه فى ذلك^(٢).

ويسبرر هذا أن طلب الانقاص يندرج فى طلب الإبطال أما إذا طلب المغبون إنقاص التزامه ، فإن القاضى يكون مقيدا بهذا الطلب فليس له أن يتركه ويقضى بالإبطال ، لأنه يكون قد قضى بأكثر مما طلبه الخصم .

ويسرد الإنقاص على عقود التسبرع كما يرد على عقود المعاوضة ، فيقضى القاضى بإنقاص التزام المتعاقد للمغبون بالقدر الذى يرفع الغبن .

(١) عبد الفتاح عن الباقي ص ٣٩٨ وما بعدها - السنهورى ص ٣٠٤ -

محمود جمال الدين زكى ص ٧٢ وعكس ذلك سمير تناغو ص ٦٦ .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٨٦ وما بعدها - المستشار أنور طلبه ص ٥٦٧ -

المستشار الدكتور محمد شتا ص ٧٠٥ وما بعدها .

غير أنه لايجوز للقاضى بدلا من إنقاص التزامات المتعاقد المغبون زيادة التزامات الطرف الآخر ، بدلا من إنقاص التزامات الطرف المغبون^(١) .

٥٢- سقوط دعوى الاستغلال :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ على أنه : " يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة " .
فالدعوى بإبطال العقد أو إنقاصه ، يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ تمام العقد وتحسب السنة طبقا للتقويم الميلادى ، وإلا كانت غير مقبولة .

وهذه المدة هى مدة سقوط وليست مدة تقادم بمعنى أنها لا تقبل الوقف ولا الانقطاع وقد فرق المشروع فى هذا الخصوص بين دعوى الاستغلال ودعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو للإكراه ، إذ جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة (م ٤٠ مدينى) ، وتقبل الوقف والانتقاع .

والحكمة من هذه التفرقة هو رغبة المشرع فى حسم ما ينشأ من نزاع بشأن العقود التى يشوبها الاستغلال ، فى أقرب وقت ،

(١) المهنورى ص ٣٠٤ وما بعدها .

حتى لا يبقى مصير العقد معلقا على دعوى مجال الادعاء فيها واسع
فسيح^(١) .

(١) السنهوري ص ٣٠٣ - أحمد حشمت أبو مستيت ص ١٨٦ - وبذهب
الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٠١ ومابعدا إلى أننا لو أخذنا
بحرفية نص المادة ٢/١٢٩ على إطلاقها لتمثل حكمها عيبا تشريعا
فادحا.

إذا أنه في أكثر الحالات العملية التي يقوم فيها الاستغلال . وعلى
الأخص في حالة استغلال الهوى الجامح ، يغلب أن يستمر العيب الذي
يلحق الإرادة ، قائما لمدة تزيد على سنة . فكان دعوى الاستغلال هنا
تتمثل دعوى عديمة الجدوى مجدبة الأثر ، وكأننا سلبنا باليسار ما أعطيناه
باليمين . لنفرض مثلا أن زوجة استغلت في زوجها هواه الجامح نحوها
وجعلته يهبها وأولادها منه ماله ، وامتد به العمر إلى ما يتجاوز السنة ،
وهو لازال خاضعا لتأثير الهوى الجامح الذي يستشعره نحو زوجته ، ثم
مات وجاء أولاده من زوجة أخرى يطعنون في الهيئة تأسيسا على
استغلال أبيهم (وهذه هي أغلب حالات الاستغلال شيوعا في واقع حياة
الناس) ، فماذا عساه أن يكون الحكم في مثل هذه الحالة ؟ إن مؤدى
حرفية نص المادة ٢/١٢٩ أن يحكم القاضي هنا بعدم قبول دعوى
الاستغلال لسقوطها ، ولا يمكن أن يكون ذلك هو قصد الشارع ، حينما
قضى بسقوط دعوى الاستغلال بسنة ، وإلا كان حكمه أقرب إلى العبث
الذي يجب أن ينزه عنه . من أجل ذلك يرى تمشيا مع روح نظام
الاستغلال والحكمة التي يتوخاها المشرع منه ، تفسير نص المادة ١/١٢٩
على أن المشرع يقصد منه بدء سريان مدة السنة من تاريخ العقد فى

.....

الحالة التي يكون أثر الاستغلال قد انتهى بذات إبرامه ، كما إذا استغل شخص الطيش البين في آخر وجعله يبيع له ماله بثمن بخس ، أو استغل ربان سفينة الهوى الجامح لدى ربان سفينة أخرى نحو الحياة له ولسفينته وما حملت ، وجعلته يرتضى عقد إنقاذ بثمن فادح . أما إذا ظل أثر الاستغلال باقيا بعد إبرام العقد ، فلا تبدأ مدة السنة إلا بانقطاعه ، مع ملاحظة أن الدعوى تسقط على أية حال بمضى ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد ، تطبيقاً للقواعد العامة .

مادة (١٣٠)

يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود أو بسعر الفائدة .

الشرح

٥٤- الإبقاء على الحالات الخاصة بالغبن فى بعض العقود وسعر الفائدة :

رأينا أن القانون المدنى الجديد أدخل الاستغلال عيبا عاما ينبسط على سائر العقود ، ولكن المادة (١٣٠) رغم ذلك نصت على استبقاء التطبيقات التقليدية لفكرة الغبن . لكن تلك التطبيقات - وهى واردة فى مواضع مختلفة- واردة على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها .

والإبقاء على هذه الحالات له فائدته ، من حيث عبء الإثبات، إذ فرض القانون توافر الغبن من مجرد إقامة الدليل على عدم التعادل المادى فى العقود التى عينها المشرع ، ولو لم يجاوز ما التزم به المتعاقد قيمة الشئ فى نظره ، فى حين أن عبء الإثبات فى الاستغلال عبء ثقل ، إذ يجب على المغبون - كما رأينا- أن يثبت عدم التعادل بين التزامه والتزام الطرف الآخر طبقا للمعيار الشخصى ، كما عليه أن يثبت طيشه هو أو هواه وأن الطرف قد استغل فيه ذلك ، فضلا عن أن ذلك الاستغلال هو الذى دفعه إلى التعاقد .

على أن الجزاء الذى فرضه القانون على الغبن التقليدى ليس واحدا بالنسبة لكل العقود، فتارة يكون الجزاء هو تكملة الثمن (كما فى بيع عقار القاصر) ، وأخرى يكون الجزاء هو الرجوع فى العقد (كما فى عقد القسمة) ، وطورا يكون الجزاء تعديل الالتزام زيادة أو نقصا ، كما قد يكون الجزاء البطلان المطلق كما فى الشركة الجائرة أو الإنقاص كما فى الفوائد^(١).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويراعى من ناحية أخرى ، أن أخذ المشروع بقاعدة عامة فى الغبن ، لم يمنعه من أن يجانب المذهب النفسى أو الذاتى فى بعض المسائل ، ويعتمد إلى التزام مذهب مادى بحت . ومن ذلك جميع الأحوال التى عبر فيها عن معنى الغبن برقم من الأرقام ، متوخيا فى ذلك إحلال الكم مكان الكيف . فقد احتفظ المشروع بأحكام التقنين الحالى فيما يتعلق بتحديد مقدار الغبن فى بيع عقار القاصر ، وجعل خمس الثمن قاعدة لاحتسابه . وكذلك أخذ بحكم التقنين الفرنسى ، فى الغبن الزائد عن الربع فى أحوال القسمة . ووضع أخيرا حدا أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، هو ٧% ، بحيث يتحقق الغبن فى كل اتفاق يجاوز هذا الحد"^(٢) .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٨٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٩٢ .

٥٥- التطبيقات الواردة في بعض النصوص :

١- بيع ناقص الأهلية :

تنص المادة ٤٢٥ من القانون المدني الجديد على أن: " إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

٢- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع " .

ويلاحظ أن حق ناقص الأهلية في الطعن بدعوى الغبن ثابت له، سواء كان هو البائع أم كان البائع هو وصيه وبعد الحصول على إذن بالبيع من محكمة الأسرة .

٢- قسمة المال بين الشركاء :

تنص المادة ٨٤٥ مدني على أن :

" ١- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة .

٢- ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة .
وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته " .

٣- أجر الوكيل :

تنص المادة ٢/٧٠٩ مدنى على أنه : " فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى ، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة " .

٤- الشركة للجقرة :

تنص المادة ١/٥١٥ مدنى على أنه : " إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا " .

٥- مجاوزة حد الفقدنة :

تنص المادة ١/٢٢٧ مدنى بأنه : " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ... ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة ، فإذا تفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر ^(١) .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٨٨ وما بعدها - عبد المنعم الصده ص ٢٣٠ - المستشار مصطفى هرجه ص ٢٣٦ وما بعدها .

مادة (١٣١)

- ١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً .
- ٢- غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون .

الشرح

٥٦- تعريف محل الالتزام :

محل الالتزام هو كل ما يلتزم به المدين ، أى هو الأداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن . وهو ركن فى الالتزام .
ولمحل الالتزام صور ثلاث : نقل حق عينى أو عمل أو امتناع عن عمل . ونقل حق عينى هو فى حقيقته عمل ، وإنما جرى الفقه على أن يخصه بالذكر لما يتميز به الالتزام فى هذه الحالة من أنه بحسب الأصل ينفذ بمجرد نشوئه ، حتى صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام هو الشئ ، وهذا القول ينطوى بطبيعة الحال على تجوز فى التعبير .

أما محل العقد فهو العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وراء العقد . وإذ كان أثر العقد هو إنشاء التزامات فإن هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التى يخضع لها الآخر . وآية ذلك أن محل الالتزام قد

يكون صحيحا في ذاته ولكن العقد يقع باطلا . لأن العملية القانونية المقصودة منه يحرمها القانون . كما في تحريم التعامل في تركة مستقبلية لشخص على قيد الحياة وكما في تحريم شراء الحق المتنازع فيه بالنسبة إلى القضاة وأعضاء النيابة إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (م ٤٧١ منى) ^(١).

ويلاحظ أن لكل التزام محل أيا كان مصدر هذا الالتزام . غير أن أهمية دراسة محل الالتزام لا تظهر إلا بالنسبة إلى الالتزام الإرادى . وهو الذى ينشئه العقد أو تنشئه الإرادة المنفردة ، ذلك لأن الالتزامات التى تنشأ عن مصادر غير إرادية يحدد محلها القانون ، وهو غالبا مبلغ من النقود . أما الالتزام الإرادى فتحدد محله الإرادة . ولذا يجب بيان الشروط الواجب توافرها فى المحل . ولم يرد فى التقنين القصيم فى خصوص المحل سوى مادة واحدة (م ١٤٩/٩٥) . أما التقنين الحالى فقد خصنه بخمس مواد (م ١٣١-١٣٥ منى) .

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٣١- الأستاذ محمد كمال عبد العزيز التقنين المبنى فى ضوء للقضاء والفقهاء الجزء الأول فى الالتزامات ص ٣١٥- وقلان عبد السلام ذهني ص ١٣٧ ، عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٠٧ فيريان أن محل العقد هو فى الواقع محل الالتزام .

وقد جاء بالمذكورة الإيضاحية للتقنين المدنى (نظرة عامة) أنه:

" اختص التقنين الحالى محل الالتزام بمادة واحدة ، تضمنت بياناً مقتضياً للشروط الواجب توافرها فيه . أما المشروع فلم يكتف بمجرد سرد هذه الشروط ، بل تناول أحكامها بالتفصيل .

وقد قصد فيما يتعلق بالشروط الأول ، وهو وجود المحل أن يزيل كل شك يكتف حكم الأشياء المستقبلية ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام ، ولما كان التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة يرد على شئ من الأشياء المستقبلية ، فقد ورد حكمه بين الأحكام المتعلقة بالمحل دون أحكام البيع ، ولم يقتصر النص ، فى هذا الصدد على حالة البيع ، بل جاء شاملاً لكل ما قد يرد على التركة من ضروب التصرفات والأصل حظر التعامل فى تركة الإنسان ، ما بقى على قيد الحياة ، وفقاً للقواعد التقليدية التى جرى العمل عليها من عهد الرومان .

وأخيراً ، نقل المشروع الأحكام التقليدية ، فيما يتعلق بمشروعية المحل ، ف قضى بعدم مشروعية المحل إذا كان مخالفاً للقانون أو كان يتعارض مع النظام العام والآداب ^(١).

٥٧- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً :

تنص الفقرة الأولى من المادة (١٣١) على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٠٥ وما بعدها .

ولم يرد مثل هذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ومع ذلك كان الرأى فى ظل هذا القانون هو جواز التعاقد فى شأن شئ سيجد فى المستقبل وذلك استنادا إلى أن هذا هو ما يستتبع بمفهوم المخالفة من المادة ٣١٣/٣٣٢ مدنى قديم التى وردت فى البيع والتى تنص على أن : " بيع الحقوق فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه " . وقبس على البيع غيره من التصرفات ^(١) . ثم جاء التقنين المدنى الجديد فأورد قاعدة صريحة على النحو الذى رأيناه ، وذلك حتى يزىل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى أنه : " وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزىل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلا للالتزام " ^(٢) .

وعلى ذلك فإنه وإن كان الأصل أن محل الالتزام يجب أن يكون موجودا وقت التعاقد ، إلا أن ذلك ليس محتما فإنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا والأمثلة على عقود واردة على شئ مستقبل كثيرة فى العمل . مثال ذلك عقد بيع محصول أرض زراعية قبل نضجه ، أو بيع ثمار حديقة قبل جنيها ، أو بيع نتاج

(١) عبد المنعم الصده ص - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤١٥ هامش (١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٦ .

ماشية لم يولد بعد ، أو بيع منتجات صناعية لمصنع صنعها أو بيع منزل قبل بنائه أو حوالة حق شخصي سيوجد في المستقبل .

في كل هذه الأمثلة محل الالتزام هو إعطاء شيء مستقبل ، ولكن تنفيذه يكون مؤجلا إلى وقت تحقق الشيء ، فإذا لم يتحقق هذا الشيء لأي سبب ، كأن تلف المحصول أو نفقت الماشية أو أغلق المصنع ، فإن العقد يفسخ بعد أن كان قد انعقد فعلا ^(١).

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروريا من التعامل في الشيء المستقبل . كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهنا رسميا (م ١٠٣٣/٢) أو رهنا حيازيا (م ١٠٩٨) وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص في المال المستقبل كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلية ^(٢).

والفقرة الأولى من المادة وقد نصت على أنه " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا " . فإن ذلك يعني أن التصرف الوارد على شيء مستقبل يقع بائنا ولكن يتوقف مصيره على وجود المحل أو عدم وجوده لأن المحل ركن في الالتزام الذي لا يكتمل إلا بوجوده . فالمحل ذاته هو الذي يحدد مصير الالتزام بحيث إن وجد اعتبر الالتزام قائما منذ إبرام العقد ، وإن تخلف ارتد لذلك الوقت ،

(١) سمير نتاغو ص ٦٩ .

(٢) السنهوري ص ٣٠٨ .

ولذلك لا يصح القول بأن الالتزام يكون معلقا على شرط واقف لما هو مقرر من أن الشرط وصف يرد على الالتزام وقد يتعلق به نفاذه إن كان واقفا أو انفساخه إن كان فاسخا ، بينما تحقق المحل أو تخلفه ليس وصفا وإنما ركنا ولا يصح أن يكون الأمر للواحد وصفا وركنا في وقت واحد وإن اتحدا في مصير الالتزام^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " بيع المحاصيل المستقبلية قبل نهايتها في ظل القانون المدني القديم صحيح ، ذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدني المختلط (م. ٣٣٠) وقد قضى القانون المدني الجديد فى المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف فى هذا الشأن بين القانونين الوطنى والمختلط " .

(طعان رقما ٤٣٦ ، ٤٥٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٤/٣٠)

(ب) - " متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تقل ببطلان التعاقد على بيع المحصول المستقبل بل قررت أن البيع المتنازع على تكييفه هو بيع معلق على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل وأن هذا ليس معناه القول ببطلان التعاقد على محصول مستقبل وأنها إذا كانت قد ألزمت أطاعن بالتعويض الذى قضى عليه به فإن هذا كان على أساس ما استخلصته بالأدلة

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٧٥ .

السائغة التي أوردتها من أنه هو وزميله المطعون عليه الثاني قد قصرأ في القيام بما التزما به من تعهدات تضمنها العقد المبرم بين الطرفين ، إذ لم يتبعأ بنصوص العقد فيما يتعلق بعملية الزراعة من تسميد وبذر للتقاوى والرى وتعليمات مهندس الشركة ، وكان من أثر ذلك التقصير هبوط نسبة المحصول ، فليس فيما قرره المحكمة أى تناقض أو مخالفة للقانون .

(طعن رقم ٤٣٦ ، ٤٥٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٤/٣٠)

٢- " إذا كان الواقع فى الدعوى أن الطاعنين باعا المطعون عليه الأقطان الناتجة من زراعتهما فى سنة ١٩٥٠ البالغة ٧٥٠ قنطارا تحت العجز والزيادة بسعر ١٣ جنيها و ٥٢٠ مليما للقنطار بحسب إقبال البورصة فى يوم ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٠ لعقود شهر أكتوبر سنة ١٩٥٠ ودفع الثمن مقدما على أن يكون التسليم فى ميعاد غايته ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ فإن زاد الناتج عن هذا المقدار تكون الزيادة على أساس سعر العقود المؤجلة لشهر أكتوبر سنة ١٩٥٠ فى يوم إقبال البورصة التى يحدده البائع مع زيادة جنيه ٤٠٠٠ مليم فى القنطار وفى حالة العجز يقدر عنه الكمية الناقصة على أساس سعر تلك العقود يوم " تسليم آخر رسالة من المحصول بحيث إذا قل هذا السعر عن السعر المقطوع به فلا رجوع لأحد على الآخر- أما إذا زاد السعر عن ذلك فإن الفرق يرجع به المشتري

على البائع - فإن هذا العقد هو تعاقد على بيع محصول في المستقبل وهو جائز بحكم المادة ١٣١ من القانون المدني ، فإذا حصلت محكمة الموضوع أن العاقدین قصدا ببيع ٧٥٠ قنطارا من القطن محددة على الأقل واستندت في ذلك إلى أسباب سائغة ، فإذا هذا مما يدخل في سلطتها الموضوعية التي لاتخضع لرقابة محكمة النقض".
(طعن رقم ٥٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٢)^(١)

٥٨- بطلان التعامل في التركات المستقبلية :

بعد أن أجازت الفقرة الأولى من المادة (١٣١) أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . أردفت في فقرتها الثانية أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون .

ومن ثم فإن الفقرة الثانية تكون قد أوردت استثناء على أحكام الفقرة الأولى منها ، مؤداه بطلان التعامل في التركات المستقبلية .

(١) وقد قضت محكمة النقض بصدد عقد الإيجار بأنه :

" عقد الإيجار الصادر من المالك المؤجر لايسرى في حق المشتري إلا بالنسبة لما كان قائما من المباني وقت البيع ، ومن ثم فإن عقد الإيجار الصادر من المالك السابق في شأن عين النزاع التي لم تكن وقت البيع قد قامت على نحو يجعلها قابلة للانتقاع بها ، لاينفذ في حق المشتري " .

(طعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٧)

والتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظورا إليه وقت الموت هو تركته المستقبلية ^(١) .
والحكمة من حظر التعامل في للتركات المستقبلية أن هذا التعامل يتضمن المضاربة على حياة المورث المحتمل والحث على قتله من ناحية ، ولأن المتصرف في الأموال التي سوف يرثها فيما بعد يكون في العادة صيدا سهلا واثمينا للمرابين والمستغلين والجشعين من الناس من ناحية أخرى . أما إذا كان المتصرف في التركة المستقبلية حاصلا من ذات صاحبها ، فإن علة خطره تتمثل في مخالفته لقواعد الميراث التي هي من صميم النظام العام ^(٢) .

(١) السهوى ص ٣١٠ وما بعدها .

(٢) وقد ورث القانون المعاصر حظر التعامل في الحقوق التي تشملها التركات المستقبلية من القانون الروماني . فقد حظر لاقانون الروماني التصرف في تلك الحقوق ، ما لم يتم برضاء المورث المحتمل ، وكان ذلك يستند إلى ما رأوه في هذا التصرف من مضاربة على حياة المورث والحث على قتله ولما يتضمنه بذلك من مخالفة لصن الآداب . وانتقل هذا الحظر من الرومان إلى القانون الفرنسي . ولكن الفرنسيين جعلوه شاملا للتعامل في حقوق التركة المستقبلية ، ولو تم برضاء المورث ، نظرا لما رأوه من أن هذا للتعامل ، فضلا عن أنه يتضمن المضاربة على حياة المورث ، يقوم في العادة على استغلال المرابين جاجة الورثة المحتملين ونزقهم ، فيسلبونهم حقوقهم المحتملة ، نظير مقابل بخس زهيد . ومن القانون الفرنسي شاع حظر التعامل في التركات المستقبلية في القوانين العصرية للدول المختلفة . ومنها قانوننا المدني وقوانين البلاد العربية التي استوحته (عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤١٥ هامش (٣) وما بعدها .

٥٩- نطاق حظر التصرف فى التركات المستقبلية :

نشير فى البداية إلى أن هذا الحظر لا يكون إلا إذا ورد

التصرف فى شأن مال ، اعتبارا بأنه سوف يكون من مشتملات تركة مستقبلية لإنسان لازال على قيد الحياة عند التصرف ، فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتصرف الشخص فى أمواله كلها ، إذا ورد التصرف على أنه يسرى حال حياته . فيجوز للشخص مثلا أن يبيع أو يهب كل أمواله ، إذا كان المقصود من البيع أو الهبة أن تسرى فورا لا بعد الممات ، على أن يكون الاتفاق على فورية نفاذ الهبة أو البيع حقيقيا وليس صوريا ^(١).

أما التعامل على التركة ذاته ، فيستوى أن يقع التعامل على التركة فى مجموعها أو على جزء منها ، مادام قد نظر إلى ذلك المال المعين ، باعتباره داخلا فى تركة مستقبلية . كما يستوى أن تنأتى التركة عن طريق الميراث أو الوصية ، فما يحرم على المورث والورثة يحرم على الموصى والموصى له ^(٢).

وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو بينه وأجنبى . بأن يزيد المورث من نصيب الوارث أو ينتقص منه ، أو بأن يعطى الأجنبى نصيبا من تركته .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤١٨ ومابعدها .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٠١ ومابعدها - سمير تناغو ص ٧٠ .

أو يكون التعامل بين وارث ووارث آخر ، بأن يتفقا على
قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه
للآخر أو يتنازل له عنه .

وقد يكون التعامل بين وارث وأجنبي ، بأن يبيع الوارث نصيبه
للأجنبي أو يرهنه له الخ .

ولاعبرة بنوع التصرف ، فيستوى أن يكون بيعا أو مقايضة ، أو
نصيبا في شركة أو محلا للتصالح عليه ، أو النزول عنه بالإرادة
المنفردة أو بالتأجير ^(١).

ولا يستثنى من هذا الحظر إلا التصرفات التي أجازها القانون
كالوصية (م ٩١٥ مدنى) والوصية بقسمة أعيان التركة (م ٩٠٨ -
٩١٣ مدنى) .

أما إذا لم يكن التعاقد تعاملًا في تركة مستقبلية ، كما إذا كفل
شخص مدينا على ألا يرجع الدائن على الكفيل إلا بعد موت المدين ،
وكما إذا تعهد مدين بأن يفي بالدين عند قبض نصيبه من تركة
مستقبلية ، فمثل هذا التعاقد أو ذاك ليس تعاقدًا على تركة مستقبلية
ومن ثم فهو تصرف صحيح ^(٢).

(١) السنهورى ص ٣١١١ وما بعدها .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٠٢ - عبد المنعم الصده ص ٢٣٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار شخص وارثا وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث ، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه " .

(طعن رقم ٣٨ لسنة ٣٦ في جلسة ١٩٧٠/٣/٣١)

٢- " التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار شخص وارثا، وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا ، أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون

صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث قبل وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه .

(طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ قى جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

٣- " إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ، وذلك لأن صفة الوارث الذى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإن النعى عليه - بالخطأ فى تطبيق القانون إذ قضى بصورية عقدى البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها الثانية وقعت عليهما ويعتبر ماورد فيهما من شروط حجة عليها بحيث يتمتع عليها الطعن فيهما بالصورية- يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ قى جلسة ١٩٣٨/٦/١١)

٦٠- بطلان التصرف فى التركات المستقبلية :

جزاء التصرف فى التركات المستقبلية ، وقوع التصرف باطلا، ولو تم من المورث المحتمل أو يرضاه . وهذا البطلان مطلق لمخالفة المحل للنظام العام لا ترد عليه الإجازة . ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤١٦ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٠١ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "إن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه مستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحيل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ، ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها للدعوى . وتحريم التعامل فى التركات المستقبلية بأتى نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شئ يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الإرث قبل انقضاءه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٢- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل انقضاءه لصاحبه واستحقاقه إياه أو يؤدى إلى المساس بحق الإرث فى كون الإنسان وارثاً أو غير وارث وكونه مستقل بالإرث أم يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام إذ يعد تحيلاً على قواعد الميراث فيقع

باطلا بطلانا مطلقا لالتحقه الإجازة ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١١)

٦١- إثبات التعامل فى التركات المستقبلية :

يجوز إثبات التعامل فى التركات المستقبلية بكافة طرق الإثبات القانونية ومن بينها البينة والقرائن ، إذ يعد تحايلا على قواعد الميراث المتعلقة بالنظام العام . حتى لو كان الوارث طرفا فى الاتفاق .

(راجع نقض طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١١)

(المنشور بالبند السابق)

مادة (١٣٢)

إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا .

الشرح

٦٢- وجوب أن يكون محل الالتزام ممكنا :

أشارت المادة (١٣٢) إلى شرط الإمكان بقولها إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا .

وهذا الشرط يجب توافره بداهة في المحل بصورة الثلاث وجرى الفقه على أن يستبدل الوجود بالإمكان في حالة الالتزام بإعطاء شئ . ولكن الوجود ليس إلا صورة للإمكان ثلاثم هذا النوع من المحل الذي يقوم ضرورة على شئ معين بالذات ^(١) . فيقال بوجوب أن يكون الشئ الذي يرد عليه الحق موجودا ، فإن لم يوجد الشئ - كما إذا كان محل الالتزام عينا تبين أنها هلكت قبل التعاقد أو لم توجد أصلا أو كان محله حقا تبين أنه انقضى قبل حوالته ، كان محل الالتزام محلا مستحيلا أى غير ممكن .

وإن فلا محل للتفرقة بين الإمكان والوجود واعتبارهما شرطين مستقلين كما يرى بعض الشراح ، أولهما يصدق في حالتي

(١) لكن مستوى أن يكون هذا الالتزام ولردا على شئ مادي أو على شئ معنوي وإن لم يكن الحق حقا عينا في الصورة الأخيرة كما في حواللة الحق فإن الالتزام يرد على شئ معنوي (هو الحق) فوجب أن يكون هذا موجودا .

الالتزام بعمل والامتناع عن العمل والثاني يوصف به الالتزام بإعطاء شيء ، إن هما إلا صورتان لمعنى واحد هو ألا يكون محل الالتزام مستحيلا في ذاته ^(١).

وإذ وضح أن الوجود ليس إلا صورة للإمكان ، فلا بأس بعد هذا من أن نتكلم - توخيا لسهولة العرض - في الإمكان ثم في الوجود .

٦٢- (أ) - المحل الممكن :

إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع ممكنا . ومعنى ذلك ألا يكون هذا العمل أو الامتناع مستحيلا . والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهى الاستحالة التى لا تقوم بالنسبة إلى المدين فحسب ، وإنما تقوم بالنسبة إلى جميع الناس . وهذا هو المعنى الذى قصد إليه الشارع من قوله فى المادة ١٣٢ أن يكون محل الالتزام مستحيلا " فى ذاته " وذلك حتى تكون الاستحالة موضوعية ترجع إلى الالتزام فى ذاته فتقوم بالنسبة إلى الجميع ، لا أن تكون شخصية تقوم بالنسبة إلى البعض دون البعض الآخر ^(٢).

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٩٢- عبد المنعم الصده ص ٢٣٢ وما بعدها.

(٢) وحال مناقشة المادة بـلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل سعادة

العشماوى باشا عن المقصود بعبارة " فى ذاته " الواردة فى المادة . فقال

عبد محرم بك إن المقصود بهذه العبارة أن يكون محل الالتزام مستحيلا

استحالة مطلقة .

ويستوى في الاستحالة المطلقة أن تكون استحالة طبيعية ، وهي الاستحالة التي ترجع إلى طبيعة المحل كما في التزام شخص بأن يبعث الروح في ميت أو بأن يتمتع عن القيام بعمل يكون قد قام به فعلا ، أو تكون استحالة قانونية ، وهي الاستحالة التي ترجع إلى حكم القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم واثضح أن ميعاد الاستئناف قد انقضى .

إنما يشترط في الاستحالة المطلقة كي تحول دون قيام الالتزام، وبالتالي تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، أى تكون قائمة وقت انعقاد العقد . فإذا جاءت لاحقة للانعقاد فإنها لاتمنع من قيام الالتزام فينقذ العقد ، ويصبح الأمر حينئذ متعلقا باستحالة في التنفيذ ، وهذه

فعقب على ذلك سعادة الرئيس قائلا إنه مادامت صفة الاستحالة مضافة إلى المحل فلا يمكن أن تنصرف إلى غيره أى إلى شخص العاقد ومن ثم فلا يرى سعادته لزوما لنكر كلمة في ذاته .

فأجاب عبده محرم بك أن محل الالتزام قد يكون عمل شئ أو الامتناع عن عمل شئ أو إعطاء شئ وأن الالتزام بعمل شئ قد يكون مستحيلا إذا لم يكن في استطاعة الشخص الملتزم به القيام به مع استطاعة الغير ذلك ، ففي هذه الحالة لا يكون العقد باطلا وإنما يتحول الالتزام إلى تعويض فقطعا لكل شك أضيفت عبارة " في ذاته " وأضاف الدكتور بغدادى إلى ذلك أنه لا خلاف بين اللجنة وبيننا فى المعنى المراد لأن الفقه يفرق بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية فبدلا أن نقول إن محل الالتزام مستحيل استحالة مطلقة قلنا " مستحيلا في ذاته " أى بالنسبة إلى الكافة . وقد وافقت اللجنة بالإجماع على المادة دون تعديل (محضر الجلسة الحادية عشرة مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢١٣ ومابعدا) .

تؤدي إلى انقضاء الالتزام إذا لم تكن للمدين يد فيها ، فينسخ العقد من تلقاء نفسه . وإذا كان للمدين يد في هذه الاستحالة فإن الالتزام لا ينقضى ويجب التعويض على المدين .

أما الاستحالة النسبية ، وهي التي تقوم بالنسبة للمدين وقد لا تقوم بالنسبة إلى غيره ، كما إذا تعهد شخص بعمل فوق قدرته هو ، ولكنه قد يكون في قدرة غيره ، فإن هذه الاستحالة سواء عاصرت تكوين العقد أو كانت لاحقة له لا أثر لها في تكوينه . ولكن لما كان الملتزم في مثل هذا الفرض سيعجز حتما عن القيام بما تعهد به ساغ للدائن أن يطلب تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إن أمكن ذلك أو أن يطلب التنفيذ بمقابل أى التعويض ، كما يجوز له إذا كان العقد ملزما للجانبين أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى^(١).

وتطبيقا لهذه التفرقة بين نوعي الاستحالة نجد أن الاستحالة في بيع ملك الغير استحالة نسبية . فنقل الملكية ليس مستحيلا في ذاته ، إذ يستطيعه المالك كما يستطيعه البائع إذا كسب الملكية . ومن ثم يقع هذا البيع صحيحا طبقا للقواعد العامة ، ويجوز للمشتري أن يطلب الفسخ بسبب عجز البائع عن تنفيذ التزامه . لكن القانون خرج على حكم القواعد العامة في هذا البيع فجعله قابلا للإبطال لمصلحة المشتري (م ٤٦٦ مدنى) .

(١) المسنهورى ص ٢١٢ ومابعدها - عبد المنعم للصدده ص ٢٢٣ ومابعدها -
المستشار أنور طلبه ص ٥٨٢ ومابعده .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

١- " إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود في الواقع . ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود . إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أى قاصرة على الملتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقا للقواعد العامة ، وله أيضا أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لذلك .

٢- وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذكر القاعدة العامة ، ولم ير داعيا لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . فبعض هذا التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسير أن يستتبط من المبادئ العامة (أنظر المادة ٣٠٧ من التقنين الألماني ، والمادة ٢٠ من تقنين الالتزامات السويسري ، والمادتين ٥٦ ، ٥٧ من التقنين البولوني ... الخ على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢١٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " (أ) " المقصود بالاستحالة التي ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطرء حالة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم منه " .

(ب) إذ كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضي رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وأن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعا كآثر من آثار هذا القانون ، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ فإن ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سائغا لا رقابة لمحكمة النقض عليه " .

(طعن رقم ٤٤٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

٢- " ... وكان الحكم المطعون فيه اعتبر قيام الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات وصدور التشريعات الاستثنائية قوة قاهرة وسببا أجنبيا يستحيل معه تنفيذ هذه العقود ففضى بانفساخها، فإن هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يتفق والقواعد القانونية الصحيحة، ذلك أنه متى ضار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلة بعد انعقاد العقد التبادلى لسبب أجنبى فإنه ينقضى واجب هذا الطرف فى تنفيذه وينفسخ العقد حتما وبقوة القانون ويعود كل طرف إلى حالته قبل التعاقد وذلك عملا بالأحكام العامة فى القانون التى أجملتها المادة ١٧٩ مدنى قديم والتى تطبق على العقود كافة " .

(طعن رقم ٩٩ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٩)

(ب) - المحل الموجود :

إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو شخصي ، أو كان عملاً يتعلق بشئ معين ، وجب أن يكون الشئ الذى يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجوداً وقت العقد ، فإذا تبين أنه هلك فإن المحل يكون قد استحال بالنسبة للكافة فيبطل هو والعقد معا : مثل ذلك أن يبيع شخص ما فى مخزنه من غلة ثم يتضح خلو المخزن منها ، أو أن يبيع شخص حصته فى تركة حاضرة ثم يظهر أنه غير وارث ، أو أن يحول حقاً له تبين أنه انقضى قبل الحوالة ، وهكذا .

أما إذا كان الشئ قد هلك بعد نشوء الالتزام فإن الالتزام ينشأ صحيحاً فينعقد العقد ، ونصبح بصدد استحالة فى التنفيذ وتؤدى إلى انقضاء الالتزام إذا لم تكن للمدين يد فى هذا الهلاك ، فيفسخ العقد من تلقاء نفسه . وإذا كان للمدين يد فى هذا الهلاك فإن الالتزام لا ينقضى ويجب التعويض على المدين .

أما إذا حمل الوجود على الوجود فى الحال أو فى الاستقبال ، بأن كان الشئ غير موجود حالاً لكنه سيوجد فى المستقبل ، فإنه يعتبر محلاً موجوداً على المعنى الذى نقصده هنا ، فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٣١ تنص على أنه : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً^(١) .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٩٤ .

مادة (١٣٣)

- ١- إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا .
- ٢- ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط .

الشرح

٦٤- القاعدة العامة فى تعيين محل الالتزام :

يجب أن يكون محل الالتزام معينا أو على الأقل قابلا للتعيين . وهذا شرط تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها مثله فى ذلك مثل إمكان محل الالتزام . فالالتزام يلزم المدين بأداء محله . فإذا كان هذا المحل مجهلا جهالة فاحشة ، بحيث يتعذر الوصول إلى تحديده ، كان من شأن ذلك أن تثار المنازعات دون أن يوجد لدينا أساس سليم لفضها .

وإن كان يتضح من المادة ١٣٣ أن الشارع عنى ببيان كيفية تعيين المحل فى الالتزام بنقل حق عيى ، كما عنى فى المادة ١٣٤ - كما سنرى - بهذا البيان فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود. غير

أن الشارع لم يقتصر على هاتين الصورتين إلا لأنهما تظهر فيهما الحاجة إلى هذا البيان ، إلا أنه لا شبهة في أن التعيين أو على الأقل القابلية للتعيين شرط ينطبق توافره في المحل أيا كانت صورته .

٦٥- صور تعيين محل الالتزام :

إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل ، ، ، ، وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع معينا أو على الأقل قابلا للتعيين . فإذا تعهد مقول بإقامة بناء وجب تعيين هذا البناء بذكر مواصفاته . فإذا لم تذكر هذه المواصفات فيكفى أن يشتمل العقد على العناصر التي تجعل البناء قابلا للتعيين ، كما في حالة الاتفاق على إقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة ، أو مدرسة تتسع لعدد معين من الطلبة ، أو مخزنا يتسع لقدر معين من الحبوب ، فإذا لم تذكر المواصفات ولم تتوفر مثل هذه العناصر فلا يقوم الالتزام ولا يعقد العقد .

وإذا كان محل الالتزام نقل حق عيني ، وجب أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق معينا أو قابلا للتعيين ، والشيء إما أن يكون شيئا قيميا أو يكون شيئا مثليا .

فالأشياء القيمية هي التي يغلب أن تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به فلا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء . وهذه يجب أن تعين بذاتها ، فيوصف الواحد منها بأوصاف تميزه عن غيره بحيث تحدد ذاتيته ،

كالأرض تذكر مساحتها ، وموقعها ، وحدودها والمنزل يذكر موقعه وأوصافه وحدوده ، والدابة توصف وصفا يميزها عن غيرها .
والأشياء المعينة بنوعها أى الأشياء المثلية ، فهى الأشياء التى يغلب ألا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به فيقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء (م ٨٥ مدنى) ، فهذه يجب أن تعين بنوعها ومقدارها ودرجة جودتها ، إلا أن التحديد يختلف من حيث القوة والأثر باختلاف هذه الأمور الثلاثة .

فالتحديد بالنوع ضرورى ، بحيث إذا لم يحصل ولم يمكن الوصول إليه بشكل قاطع من ظروف العقد ، اعتبر المحل غير معين ، ووقع العقد باطلا . كما إذا باع شخص آخر غلالا دون أن يبين نوعها قمحا أو ذرة أو شعيرا ، وكما إذا باعه حيوانا دون أن يبين ما إذا كان بقرة هو أم حصانا أم حمارا .

والتعيين بالمقدار لازم بدوره وإلا بطل العقد ، فإذا لم يحدد مقدار الشيء الذى يتعلق به الالتزام ، ولم يمكن من الظروف تعيين المقدار ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية من نوع معين لمستشفى أو مدرسة أو فحما من نوع معين لمصنع ، إذ يتحدد المقدار وفقا لحاجة المستشفى أو المدرسة أو المصنع فإذا لم يتيسر استخلاص المقدار من ظروف العقد وقع العقد باطلا لتخلف شرط التعيين .

أما فيما يتعلق بالصنف أو درجة الجودة ، فإذا لم يتفق عليه صراحة في العقد ولم يمكن استخلاصه مما جرى عليه الناس في التعامل أو من أى ظرف آخر كما يقول النص التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط . ومعنى هذا أن الصنف إذا لم يكن معيناً أو قابلاً للتعيين فإن القانون يتكفل بهذا التعيين فيقضى بأن يكون الشيء من صنف متوسط أى صنف وسط بين الجيد والردئ^(١) .
ونلك حماية لمصلحة الطرفين^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يكفى لتحقيق ما تقضى به المادة ٩٥ من القانون المدني من وجوب تعيين محل الالتزام بنوعه وتبين صنفه بكيفية تمنع الاشتباه أن يكون المبيع هو كذا (كنقيق أرز مثلاً) حسب العينية " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٢/٩)

٢- " متى كان الحكم المطعون فيه قد أيد حكم محكمة أول درجة فيما استخلصه من أنه لم يكن من حق المطعون عليها (وزارة المعارف) بمقتضى قائمة المناقصة تكليف مورث الطاعنين توريد الأغذية للسبع عشرة مدرسة الإضافية وأنها طلبت إليه القيام بهذا

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤١٩ ومابعدها - أحمد خضمت أبو سنيت ص

١٩٦ ومابعدها .

(٢) سمير تذاغو ص ٧٢ .

العمل وإذ قبل هو القيام به على أساس سعر حدده ، فإنه يكون قد انعقد بينهما عقد غير مسمى التزم بمقتضاه مورث الطاعنين بتوريد الأغذية المتفق عليها والتزمت المطعون عليها بأن تدفع عن ذلك مقابلا ، ولا يؤثر في انعقاد هذا العقد ولا في صحته عدم حصول التراضي على مقدار هذا المقابل . ذلك بأنه لا يشترط أن يكون محل الالتزام معينا . بل يكفي أن يكون قابلا للتعيين ، ومادام محل التزام المطعون عليها قابلا للتعيين وقد عينه فعلا الحكم المطعون فيه ، فإن التكليف الصحيح للمبلغ المحكوم به لورثة الطاعن هو أنه ثمن الأغذية الذي تعهدت الوزارة بالوفاء به . والقاعدة هي أنه متى كان محل الالتزام ، منذ نشأته ، مبلغا من النقود فإن الفوائد تكون مستحقة عنه من يوم المطالبة القضائية ، وإذ بالقضاء بعدم استحقاق الطاعنين فوائد عن المبلغ المحكوم به لهم خطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم ٧٤ لسنة ١٩ ق جلسة ١١/٨/١٩٥١)

٣- "مؤدى نص المادة ١٣٣ من القانون المدنى أنه يكفى لتعيين محل الالتزام أن يحدد فى عقد إيجار العين المؤجرة تحديدا نافيا للجهالة ، وإذا كان الثابت أن عقد الإيجار مثار النزاع قد حدد العين المؤجرة بأنها أرض فضاء تقع برقمى ... ،... شارع ... فإن هذا العقد يكون صحيحا ولا يقدح فى ذلك سابقة تأجير هذه الأرض ، إذ أن المادة ٥٧٣ من القانون المدنى نظمت كيفية تفضيل مستأجر

على مستأجر آخر ، وهو ما يخرج عن نطاق هذه الدعوى وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطالان العقد موضوع النزاع لوروده على غير محل فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٢١)

٤- " النص في المادة ١/١٣٣ من القانون المدني على أنه "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا " وفي المادة ١/٤١٩ منه على أنه "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه " يدل على أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معينا أو قابلا للتعيين ، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة أو بإمكان استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التي تم بها تنفيذها له " .

(طعن رقم ١٤٤٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٠)

٥- " لما كان إثبات العلاقة الإيجارية بين طرفي عقد الإيجار بمقتضى بيان محل التزام كل من الطرفين ، وكانت الأجرة هي

محل التزام المستأجر في هذا العقد بما لازمه بيان الأجرة الواجب على المستأجر أدائها عند إثبات العلاقة الإيجارية بينه وبين المؤجر له ، فإن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ قضى بإثبات العلاقة الإيجارية بين طرفي الدعوى محل النزاع لقاء تسعة جنيهات شهرية التي ثبت له اتفاق الطرفين عليها لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه .

(طعن رقم ٧٤١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٢)

٦- " إن النص في المادة ١/١٣٣ من القانون المدني على أنه إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا " وفي المادة ٤١٩ منه على أنه " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه " يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معينا أو قابلا للتعيين فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة أو بإمكان استخلاص العناصر لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التي تم بها تنفيذهما له لما كان ذلك وكان الثابت أن عقد البيع سند

الدعوى قد تضمن شراء الطاعن من مورثة المطعون ضدهما الأطيان، الزراعية وما عليها من مبان وآلات والتي آلت إليها ميراثاً عن والدها والكائنة بناحية كفر اللاوندى مركز أجا وأن الحدود والمعالم والمساحة معروفة للطرفين . وكان الطاعن قد قدم لمحكمة الموضوع محضر حصر تركة مورث البائعة كما قدم المطعون ضدهما عقد قسمة مبرم بين مورثيهما - البائعة للطاعن - وباقي الورثة وآخرين وتمسك الطاعن بأن بهما يكون المبيع قابلاً للتعيين إلا أن الحكم المطعون فيه أغفل بحث دلالة هذين المستندين وأثرهما فى قابلية المبيع للتحديد وقضى برفض الدعوى على سند من أن المبيع تعذر تحديده وفقد العقد بذلك أحد أركانه وهو ما يعيبه بالقصور فى التسبب الذى ساقه إلى مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لمناقشة باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ١١٥١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/٦/٣٠)

٦٦- ترك تعيين المحل لأحد الطرفين أو لأجنبى :

لايصح لأحد الطرفين أن يترك تعيين المحل للطرف الآخر كما لو ترك البائع للمشتري أمر تحديد الثمن ، إذ لاينعقد العقد حينئذ إلا بعد قبول البائع للثمن الذى حدده المشتري^(١) .

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٤١ .

إنما يصح أن يترك لأجنبي تعيين المحل ، كما إذا باع شخص عينا بثمن يترك تقديره لحكم . فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزما للمتعاقدين . وقام التزام المشتري على محل معين .

كما يجوز أن يترك للأجنبي تعيين المبيع من بين عدة أشياء لدى البائع تستجيب جميعها للغرض الذي يهدف إليه المشتري .

أما إذا لم يقم الأجنبي بمهمته تخلف المحل وبطل العقد ، ولا يكون للقاضي في هذه الحالة أن يتولى أمر التعيين ، لأنه ليس من مهمته إنشاء العقود (١) .

(١) السنهوري ص ٣١٨ هامش (١) - عبد المنعم الصده ص ٢٤١ - وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يعرض لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ منه التي جرت على أنه :

" ١- إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون هذا التعيين قائما على أساس عادل . فإذا أبطل التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون الشيء بحكم من القضاء .

٢- ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولمحض اختياره ، فإن العقد يصبح باطلا إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكانت تقديره غير عادل" ، وفي لجنة المراجعة اقترح حذفها لأنها تنص على حالة تفصيلية قليلة الأهمية فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢١٥ وما بعدها) . ويرى الدكتور السنهوري ص ٣١٨

هامش (١) أنه بعد حذف هذا النص في المشروع النهائي لم يعد هناك مجالاً لاتباع أحكامه فيما خالف فيه القواعد العامة (التي تقدم نكرها) .

مادة (١٣٤)

إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور
فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها
وقت الوفاء أى أثر .

الشرح

٦٧- تعيين محل الالتزام بدفع مبلغ من النقود :

إذا كان محل الالتزام نقودا فلا يكون المدين ملزما إلا بقدر
عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو
لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف
ذلك^(١) .

ويشترط فى الالتزام النقدى كغيره من الالتزامات أن يكون
محلّه معينا بنوعه ومقداره ، كخمسمائة جنيه مصرى مثلا أو غير
ذلك من الأرقام . والعبرة فى الوفاء بقيمتها الإسمية^(٢) .

والأصل فى الوفاء أن يكون بتسليم النقود المتفق عليها . على
أنه قد يقع بحالة بريدية أو بشيك إذا قبل الدائن ذلك .
وفى هذه الحالة ومثيلاتها لا تبرأ ذمة المدين أى لا يتم الوفاء
إلا بقبض الدين .

(١) مذكرة المشروع التمهيدي لمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢١٨ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٢٣ - سمير تناعو ص ٧٢ - الدكتور عبد

للمنعم الصده أحكام الالتزام ج ١ ص ١٩٥٥ - ١٠٧ .

٦٨- شرط الوفاء بالذهب :

إذا تقرر للعملة الورقية سعر قانوني وجب على الدائن قبولها ، حتى لو لتفق مع المدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامي . فالسعر القانوني وحدة كاف لجعل الدائن يستوفي حقه ومهما يكن من خلاف في هذه المسألة . فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامي ، فإن الدائن الذي يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أى وقت شاء ^(١).

غير أنه في أوقات الأزمات الاقتصادية وبخاصة في أوقات الحروب ترى الدولة نفسها مضطرة أن تسمح لبنك الإصدار بزيادة مقدار العملة الورق دون زيادة ما يقابلها من غطاء معدني وتسبب هذه الزيادة تضخماً ، ويقتضى ذلك بطبيعة الحال أن تعفى الدولة بنك الإصدار من التزامه بإبدال نقود معدنية بالعملة الورق ، وهذا هو تقدير السعر الإلزامي ، وإلا هرع الناس إلى البنك ليستبدلوا منه نقوداً معدنية بالعملة الورق وظهر لهم عجزه عن ذلك عجزاً يؤدي إلى إفلاسه .

فتقرير السعر القانوني يوجب قبول الوفاء بالعملة الورق مع جواز استبدالها من بنك الإصدار . أما تقرير السعر الإلزامي فوق

(١) المنهوى ص ٣١٩ .

السعر القانوني فيفترض وجوب قبول العملة الورق في الوفاء ،
وامتناع استبدال قيمتها من بنك الإصدار .

ويترتب على زيادة مقدار العملة الورق عن الغطاء المعدني من
جهة ، وعلى منع إبدال نقود معدنية بها من جهة أخرى ، أن يرتفع
سعر الذهب في السوق أو بعبارة أخرى أن تحط قيمة العملة
الورق وتضعف قوتها الشرائية . ومع ذلك فإن قيمتها في وفاء
الديون تبقى كما هي ، فيفي المدين دينه من النقود عملة ورقية بقدر
عدها الواجب عليه ، ويقطع النظر عن انحطاط العملة الورق وقت
الوفاء . فإذا انحطت قيمة هذه العملة أفاد المدين من ذلك وخسر
الدائن ، وإذا ارتفعت أفاد الدائن وخسر المدين .

لذلك يكون من مصلحة الدائن الذي يتعاقد مع مدينه في ظروف
يخشى معها تدهور قيمة العملة الورقية في المستقبل أن يشترط
تفاديا لهذا الحظر أن يكون الدفع بالذهب أو أن يكون الدفع بالعمل
الورق بقيمة الذهب^(١).

لهذا جرت عادة الدائنين على أن يشترطوا في عقودهم شرط
الذهب أي الدفع بالذهب أو بورق بقدر قيمة الذهب (شرط القيمة
بالذهب)^(٢).

(١) الدكتور سليمان مرقس أحكام الالتزام طبعة ١٩٥٧ ص ٤٤٢ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم الصده في أحكام الالتزام ج١ ص ١٠٨ .

إلا الشارع المصرى أصدر تشريعين نص فيهما على بطلان شرط للذهب .

نعرض لهما فيما يلى .

٦٩- بطلان شرط الذهب فى مصر :

١- المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ :

قضى المرسوم بقانون المذكور بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة للذهب - وهذا هو السعر القانونى - وبأن البنك لايجبر على إيدال الورق بالذهب - وهذا هو السعر الإلزامى - وهذا بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط والاتفاقات الحاصلة أو التى تحصل بين أصحاب الشأن . وواضح من هذا أن المشرع يقضى ببطلان شرط للذهب دون أن يفرق فى ذلك بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، بل إنه جعل لهذا التشريع أثرا رجعيا .

إلا أنه بالرغم من صراحة هذا النص وعموميته وتعلقه بالنظام العام اتخذ القضاء المختلط فى أغلب أحكامه وجهة غير سليمة . فتارة يقضى بصحة شرط الذهب ، وتارة أخرى يفرق بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية فيحرمه فى الأولى ويجيزه فى الثانية على نهج القضاء الفرنسى .

٢- المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ :

اضطر المشرع إلى إصدار المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ لحسم ما نشب من خلاف فى تفسير المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، بصدد المسألة التى قام فيها الخلاف الجوهري ، وهى قيمة شرط الذهب فى المعاملات الخارجية أو المعاملات ذات الصبغة الدولية فنص على أنه : " تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والنّى تكون قد قومت بالجنيهاً المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولاً قانوناً فى مصر (الفرنك والجنية التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التليفون " .

والملاحظ أن البطلان لا يقتصر على شرط الذهب ، بل يمتد كذلك إلى كل شرط يعدل شرط الذهب فى الغرض منه وفى نتيجته .
فيكون باطلاً شرط الدفع بعملة أجنبية إذا كان ملحوظاً فى هذه العملة أنها تكون عادة مساوية للذهب . ويكون باطلاً كذلك شرط الدفع وفق سعر بضاعة معينة إذا كان مقصوداً به التحايل على القانون .

وعلى ذلك فإن شرط الذهب وما يعنله يقع باطلا سواء ورد في المعاملات الداخلية أو الخارجية . أما أثر بطلان الشرط فيقتصر عليه، إلا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد فحينئذ يبطل الشرط والعقد^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ويترتب على بطلان الشرط ، بطلان العقد بأسره إذا كان للشرط هو الدافع الحافز على التعاقد " (٢).

ومنذ صدور هذا القانون استقر القضاء المصرى على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء . إذ لا يزال القانون المذكور ساريا إلى اليوم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كان قد ورد فى نص المادة ٥/٤ من معاهدة سندات للشحن التى أصبحت نافذة المفعول فى مصر اعتبارا من ٢٩ مايو سنة ١٩٤٤ - تحديد لالتزام الناقل أو السفينة بتعويض مقداره مائة جنيه استرلينى ، كما نص فى المادة التاسعة منها على أنه " يراد بالوحدات النقدية الواردة بها القيمة الذهبية " *valeur or* إلا أنه ليس لما ورد بهذين البندين أثر ما على التشريع الخاص بشرط الذهب فى مصر ، وهو ما صدر به مرسوم ٢ أغسطس سنة

(١) عبد المنعم الصده فى أحكام الالتزام ج١ ص ١٠٩

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٢٢٠ .

١٩١٤، ثم المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وقد نص في هذا الأخير على بطلان شرط الذهب " في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية " ، ولما كان هذا القانون معتبرا تشريعا خاصا متعلقا بالنظم النقدية والعملة وهى من النظام العام، ومقررا بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على حد سواء وهو أمر راعى الشارع فيه المصلحة العامة المصرية ، فإنه لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى معاهدة بروكسل وإنفاذها فيها بمرسوم سنة ١٩٤٤ من شأنه التأثير في هذا التشريع الخاص بما يعد إلغاء له أو استثناء من بطلان شرط الذهب يضاف إلى الاستثناءات الواردة في ذلك التشريع على سبيل الحصر ، وقد بدت رغبة المشرع المصرى جلية في الإبقاء على هذا التشريع الخاص بما تضمنه من أحكام خاصة ببطلان شرط الذهب وما ورد فيه من استثناءات ، فلم يضمن التقنين المدنى الجديد نصوصا في هذا المعنى ، بل إن لجنة المراجعة قد حذفت من المشروع التمهيدي نص المادة ١٨٧ التى كانت تتناول بالتنظيم ما تضمنه هذا التشريع الخاص ، وذلك اعتبارا بأن ذلك النص يقرر حكما فى مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص ، هو ذلك المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وفى ذلك تأييد لما سبق بيانه من أن هذا التشريع الخاص يحكم المعاملات للداخلية والخارجية ، ويقضى

ببطلان شرط الذهب في كليهما وسواء في ذلك أكان المشروط هو وجوب الوفاء بالذهب ، أو كان المشروط الوفاء بما يعادل قيمة valeur or ذلك أن اشتراط الوفاء في هذه الحالة الأخيرة بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهبيا ليس إلا تحايلا على القانون الذي فرض للعملة الورقية سعرا إلزاميا، ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصورة " .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٢٥ ق جلسة ١١/٢/١٩٦٠)

٢- (أ) - " التشريع الخاص بشرط الذهب في مصر - وهو ما صدر بشأنه الأمر العالى في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الإلزامى للعملة الورقية ثم المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى نص على بطلان شرط الذهب في العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية - تتعلق أحكامه بالنظام العام ، ومن مقتضى تلك الأحكام بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء وهو أمر راعى الشارع فيه المصلحة العامة المصرية ، ومن ثم فإنه لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى اتفاقية فارسوفيا بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ لا يمكن القول بأن انضمام مصر إلى اتفاقية فارسوفيا بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ من شأنه التأثير فى هذا التشريع الخاص بما يعد إلغاء له أو استثناء من بطلان شرط الذهب يضاف إلى الاستثناءات الواردة فيه على

سبيل الحصر وعلى ذلك فلا يعتد بالشرط الوارد فى اتفاقية فارسوفيا الذى يقضى بأداء التعويض بما يعادل قيمة الذهب المبيّنة له من العملة الوطنية إذ أن شرط الوفاء بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهبيا ليس إلا تحايلا على القانون الذى فرض للعملة الورقية سعرا إلزاميا ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصورة .

(ب) - " إذ كان مقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩٦٤ أن يكون للجنيه الورق نفس القيمة الفعلية التى للجنيه الذهب وأن كل ما يدفع من تلك الأوراق يكون دفعا صحيحا ومبرنا للذمة كما لو كان الدفع حاصلا بالعملة الذهبية ، فإن كل ما يلتزم به الناقل الجوى وفقا للفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا هو عدد من الجنيهات المصرية الورقية مساو لعدد الجنيهات الذهبية المشتملة على ذهب يعادل ورق الذهب الذى يشتمل عليه ١٢٥ ألف فرنك فرنسى (التعويض المحدد بالاتفاقية) وذلك على أساس أن وزن الذهب فى الجنيه الواحد هو ما حدده القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥١ (بمقدار ٢,٥٥١٨٧ جرام) . "

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)

٣- (أ) - " مؤدى نص المادة الثانية من بروتوكول بروكسل سنة ١٩٦٨ الخاص بتعديل الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد

المتعلقة بسندات الشحن الموقعة في بروكسل عام ١٩٢٤ المنطبق على واقعة النزاع - أن التحديد القانوني لمسئولية الناقل البحري في حالة عدم بيان جنس البضاعة أو قيمتها في سند الشحن يعتبر حداً أقصى للمسئولية القانونية لما يمكن أن يحكم به عليه وهو مبلغ لا يزيد على ما يعادل عشرة آلاف فرنك عن كل طرد أو وحده أو ثلاثين فرنك عن كل كيلو من الوزن القائم للبضاعة المفقودة أو التالفة أيهما أكبر ، والفرنك يعتبر وحدة مكونه من ٦٥,٥ ملليجرام من الذهب بدرجة نقاوه عيار ٩٠٠ في الألف ، ولما كان القانون ١٨٥ لسنة ١٩٠١ قد حدد وزن الذهب الخالص في الجنيه بمقدار ٢,٥٥١٨٧ جرام ابتداء من ١٩ سبتمبر سنة ١٩٤٩ ، وكان من مقتضى الأمر العالى الصادر في ٢ من أغسطس سنة ١٩١٤ ، أن يكون للجنيه الورق نفس القيمة الفعلية التى للجنيه الذهب ، فإن ما يلزم به الناقل البحري وفقاً لنص المادة الثانية من بروتوكول بروكسل سنة ١٩٦٨ هو عدد من الجنيهات الورقية مساو لعدد الجنيهات الذهبية المشتملة على ذهب يعادل وزن الذهب الذى يشمل عليه ٣٠ فرنكا فرنسيا عن كل كيلو جرام وذلك على أساس أن وزن الذهب فى الجنيه الواحد هو ما حدده القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥١ ، لما كان ذلك وكان لاجدال بين الطرفين فى أن وزن البضاعة التالفة ٣٩٦٦٧٩ كيلو فإن التعويض المستحق عنها هو

مبلغ ٢٧٤٩٠٧ جنيه ، ولما كانت القيمة الفعلية للضرر أقل من المبلغ المقرر عن تحديد المسؤولية فإنه يتعين إلزام الناقل بقيمة الضرر " .

(ب) - " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الإلزام قضاء بأداء مبلغ من النقود أن يكون بالعملة الوطنية وكان الثابت بالأوراق أن الحكم المطعون فيه قد ألزم الطاعن بأداء قيمة التعويض بالدولار الأمريكى دون أن يكون هناك اتفاق بين الخصوم على أداء التعويض بالعملة الأجنبية فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٦٢٧٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٧)

٧٠- الاتفاق على الوفاء بعملة أجنبية :

يجوز الاتفاق على أن يتم الوفاء بنقود أجنبية تحتسب بسعر قطعها إذا كان الدين قد عقد بنقد أجنبى ، أو بنقد مصرى ، وليس فى هذا مناس نص فى القانون لأن النقد الأجنبى ليس له سعر إلزامى أصلا . ثم إن العدل يقضى من ناحية أخرى بأن يتم الوفاء فى المعاملات الدولية على أساس سعر القسط الذى يمثل للعلاقة بين النقد الوطنى والنقد الأجنبى ^(١) .

(١) مذكرة المشروع التمهيدي جـ ٢ ص ٢٢١ .

ويلاحظ ما قضى به المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ من بطلان شرط النفع بعملة أجنبية إذا كان ملحوظا في هذه العملة أنها تكون عادة مساوية للذهب .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الإلزام قضاء بأداء مبلغ من النقود أن يكون بالعملة الوطنية وكان الثابت بالأوراق أن الحكم المطعون فيه قد ألزم الطاعن بأداء قيمة التعويض بالدولار الأمريكى دون أن يكون هناك اتفاق بين الخصوم على أداء التعويض بالعملة الأجنبية فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٦٢٧٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٧)

مادة (١٣٥)

إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .

الشرح

٧١- إحالة :

تناولنا أحكام النظام العام تفصيلا في المجلد الأول في شرح المادة الأولى في البنود (٣٦ - ٤٠) ، فنحيل إليها في شرح هذه المادة .

مادة (١٣٦)

إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا .

الشرح

٧٢- المقصود بالسبب :

عرفت مذكرة المشروع التمهيدى السبب بقولها : " يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات " (١).

والمشرع بذلك يأخذ بالنظرية الحديثة للسبب وينبذ النظرية التقليدية ، وذلك كالشأن فى القانون القديم ، إذ كان الفقه والقضاء يفسران عبارات القانون القديم على معنى النظرية الحديثة لا معنى النظرية التقليدية ولم يقطع القانون الجديد صلته بهذه التقاليد ، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضائين المصرى والفرنسى وقد ذكر ذلك صراحة فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد بها ما يأتى : " لم ينهج المشروع نهج التقنيات الجرمانية بشأن نظرية السبب ، بل اختار على النقيض من ذلك مذهب التقنيات

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٢٧ .

اللاتينية وانتصر معها لهذه النظرية^(١). والواقع أن السبب كما بصورة القضاءان الفرنسى والمصرى بمعنى الباعث المستحث

(١) ونورد فيما يلى أحكام النظريتين التقليدية والحديثة فى السبب .

(أ) النظرية التقليدية فى السبب :

مؤدى النظرية التقليدية فى السبب ، أن السبب هو السبب القصدى وهو الغاية المباشرة المجردة التى يتوخاها المتعاقد من تعاقد . وخصائصه تتألف من خصائص الباعث ، فهو داخلى أى موجود فى العقد ، وفى الوقت ذاته موضوعى لا يتأثر بنوايا الملزم ومقاصده ، كما أنه لا يتغير فى العقد الذى هو من طائفة معينة بتغير البواعث الشخصية .

ولما كان السبب القصدى لا يتأثر بنوايا الشخص وما يدفعه إلى التعاقد من أغراض خفية ، فإن طبيعة العقد هى التى تحدد ذلك السبب .

ففى المعاوضات : يتعين التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد . ففى الأولى (الملزمة للجانبين) سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر . ففى عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملك وتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن ، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملك والتسليم . وفى الثانية (العقود الرضائية الملزمة لجانب واحد) يجب التمييز بين العقود العينية (وأصبح لا محل للعقود العينية فى القانون المدنى الجديد، إذ أصبحت هذه العقود عقوداً رضائية) والعقود الرضائية . فالسبب فى العقد العينى هو التسليم ، أما فى العقود الرضائية الملزمة لجانب واحد فإن كان العقد وعدا بالبيع أو بالإيجار مثلا ، كان سبب الالتزام هو إتمام العقد الموعود به ، وإن كان تعهدا بوفاء دين فسبب الالتزام هو وجود دين سابق ، متديا كان أو طبيعيا ، يريد الموفى أن يؤديه . أما فى التبرعات فسبب التزام المتبرع فى الهبات هو نية التبرع ، وفى عقود التفضل ، كالوكالة والكفالة بغير أجر ، السبب هو إهداء خدمة للذات .

ويجب أن يتوافر في السبب شرطان : أن يكون موجودا ، وأن يكون مشروعا ، أما شرط كونه صحيحا فهو ليس شرطا مستقلا ، وإنما يغنى عنه الشرطان السابقان (أحمد حشمت أبو سنيت ص ٢١٦ ومابعداها) .

(ب) النظرية الحديثة للسبب :

تقوم النظرية الحديثة في السبب ، على أن السبب هو الباعث الدافع للتعاقد . والباعث أمر نفسي يختلف باختلاف الأشخاص . وهو لهذا السبب أمر متغير من عقد إلى عقد . وليس عنصرا داخليا في العقد ، ولكنه عنصر خارجي يتعلق بالدوافع المؤثرة في إرادة الإنسان . والدوافع التي ترتبط بعقد من العقود قد تكون مؤثرة أو غير مؤثرة ، ولا يعتبر سببا للعقد إلا ما كان مؤثرا في إبرامه بحيث ما كان ليبرم العقد من غير وجوده .

ولا يشترط لصحة العقد إلا شرط واحد هو أن يكون الباعث مشروعا . فلا يشترط أن يكون الباعث موجودا لأن الباعث موجودا دائما في كل العقود . ولا يوجد شخص يبرم عقدا بغير دافع أو باعث إلا إذا كان مجنونا وفي الحالة الأخيرة يكون العقد باطلا لانعدام الإرادة لا لانعدام الباعث .

ولا يشترط أن يكون الباعث صحيحا ، لأنه إذا كان الباعث موهوما ، فإننا نكون بصدد غلط وقع فيه أحد المتعاقدين ، ويكون هناك مجال لتطبيق نظرية الغلط ، وهي تؤدي إلى البطلان النسبي للعقد ، وليس نظرية السبب وهي تؤدي إلى البطلان المطلق للعقد .

أما اشتراط مشروعية الباعث فهي المجال الحيوي لنظرية السبب ، إذ عن طريق مراقبة مشروعية الباعث ييسر القانون ظلال الأخلاق على دائرة التعاقد بين الأفراد في معاملاتهم الخاصة ، ويراقب بذلك مشروعية البواعث والنوايا ولكن نظرا لأن الباعث أمر داخلي فلن يستقر المعاملات يقتضى عدم الاعتداد به إلا إذا دخل منطقة العقد . أما إذا ظل الباعث فرديا لا يعلم به إلا صاحبه فإنه لا يؤثر في صحة

يدخل فى نطاق القانون المدنى عنصرا نفسيا من عناصر الأخلاق
يحد من نزعته المادية وهى تعد نزعة يشتد طغيانها فى بعض
الأحيان ^(١).

فالسبب إذن ، فى القانون المدنى الجديد ، هو الباعث الدافع إلى
التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود من العقد . وهو أمر
نفسى خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث ^(٢).

العقد ولو كان غير مشروع . والقول بغير ذلك يؤدى إلى بطلان عقود
أبرمها أحد الطرفين بدافع غير مشروع وكان المتعاقد الآخر لا يعلم شيئا
عن هذا الدافع ، وهو ما يبعث عدم الثقة فى كل العقود على وجه
الإطلاق ويضر بالمعاملات ضررا بليغا من شأنه أن ينعكس على الحياة
الاقتصادية ذاتها .

ويعتبر السبب غير المشروع داخلا فى منطقة العقد إذا كان المتعاقد
الآخر مشتركا فيه ، أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يعلم به .
ومن الأمثلة التى يكون فيها العقد باطلا لعدم مشروعية السبب أو
الباعث ، عقد إيجار يكون الباعث إليه إدارة المنزل المؤجر للدعارة أو
للقمار . وعقد قرض يكون الباعث إليه تمكين المقرض من الاستمرار
فى المقامرة . وعقد تبرع يكون الباعث إليه مكافأة عشيقه على العلاقة
غير المشروعة وتشجيعها على الاستمرار فيها والأمثلة على البواعث
غير المشروعة كثيرة لاحصر لها ، ولكن يشترط لتأثيرها فى صحة
العقد أن تكون هى الدافع إلى التعاقد وأن تكون قد دخلت منطقة العقد
على النحو السالف ذكره (سمير تنافو ص ٨٤ ومابعداها) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٢٥ .

(٢) السنهورى ص ٣٨٢ .

وقد أخذت بذلك محكمة النقض :

(أنظر نقض طعن ٣٠٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤ .
طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦ منشورين ببند
(٧٤) .

ويجب أن يكون الباعث مشروعاً . وأن يكون السبب معلوماً
من المتعاقدين الآخر ، فإذا كان الباعث للذى دفع أحد المتعاقدين إلى
التعاقدين غير مشروع ، ولم يكن المتعاقدين الآخر يعلم بهذا الباعث
وليس فى استطاعته أن يعلم به فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ،
ويكون العقد صحيحاً .

٧٣- وجود السبب :

تنص المادة ١٣٦ على أن : " إذا لم يكن للالتزام سبب ... كان
العقد باطلاً " . فالسبب بالمعنى الذى ذكرناه سلفاً - يجب أن يكون
موجوداً وإلا كان العقد باطلاً .

ومثال السبب غير الموجود التزام المشتري بدفع ثمن منزل
تهتم من قبل ، والتزام شخص بسداد قرض اعتباراً بأنه سيتسلمه ،
إذا أثبت أنه لم يدفع له فى الحقيقة . والتزام الورثة بدفع مبلغ من
النقد إلى شخص اعتباراً بأن مورثهم أوصى له به ، إذا ثبت أن
الموصى قد رجع فى هذه الوصية ، أو أنها قد جاءت باطلة .

ويلاحظ أن عدم وجود السبب قد يأتي نتيجة وقوع العاقد في غلط ، كما هي الحال في مثال الوارث الذي يتعهد لشخص بدفع مبلغ من المال ، اعتقاداً منه عن خطأ بأن مورثه قد أوصى له به . وهذه هي الحالة التي يطلق عليها التقليديون "الغلط في السبب" . وفي هذه الحالة ، يقع التصرف باطلاً ، لا إعمالاً للغلط ، فذلك لا يؤدي إلا إلى وقوع العقد قبلاً للإبطال ، وإنما تأسيساً على انتفاء ركن من أركان العقد وهو السبب (١) .

ومن أمثلة ذلك أيضاً ما قضت به محكمة النقض من أن :
" قيود البناء الاتفاقية تعتبر - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات الكائنة في الحي والتي فرضت لمصلحتها تلك القيود فإذا خالفها أغلب أهل الحي أصبح صاحب العقار المرتفق به في حل من الالتزام بها لانتهاء سبب هذا الالتزام " .

(طعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩)

(ذات المبدأ : طعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤)

- طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩)

٧٤- العبرة بوجود السبب عند إبرام العقد :

العبرة بوجود السبب بوجوده عند إبرام العقد ، فإذا كان السبب موجودا عند إبرام العقد ، فإن العقد يكون قد انعقد صحيحا ، ولا يؤثر فيه زوال السبب بعد ذلك^(١) . فإذا وهب شخص ماله لآخر قاصدا إسداء الجميل له ، ومدفوعا في ذلك بدافع نبيل ، وقامت الهبة بالتالى صحيحة ، فإنها لا تبطل لمجرد أن الواهب غير نيته بعد ذلك ، بمقولة إن سبب الهبة قد زال بعد وجوده .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " السبب ركن من أركان العقد فينظر فى توفره وعدم توفره إلى وقت انعقاد العقد فإن انعقد العقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لا يمكن أن يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده . فإذا كانت المظنة هى للسبب فى هذا النوع من الهبات - الشبكة - وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لا يمكن أن يودى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق " .

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤) ١

٢- " الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر إيان الخطبة ومنها الشبكة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى،

(١) عبد التفاح عبد الباقي ص ٤٥٥ - محمد كمال بعد العزيز ص ٣٨١ .

ولما كان السبب ركنا من العقد وينظر في توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد وكان العقد قد انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لا يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده ، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هي السبب في هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لا يمكن أن يؤدي إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج^(١) .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٢٢)

٧٥- بطلان العقد لمخالفة السبب النظام العام :

تنص المادة ١٣٦ صراحة على أنه إذا كان سبب العقد مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .

فالسبب لا بد أن يكون مشروعاً ، والسبب الذي يخالف النظام العام أو الآداب يعد سبباً غير مشروع ومن ثم يقع باطلا .

ومثل السبب المخالف للنظام العام . الاتفاق الذي بمقتضاه يقبل الموظف رشوة لأداء عمل يدخل في مهام وظيفته، والاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص أن يرتكب جريمة ، وكذلك الاتفاقات التي تستهدف التأثير على حرية الناخب في أن يختار من يراه صالحاً لتمثيله .

(١) ويلاحظ أن المادة التاسعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية اعتبرت الشبكة وما في حكمها (كهدايا الخطبة) من مسائل الأحوال الشخصية (راجع في التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في الأحوال الشخصية مجلد (١) .

ومن أمثلة السبب المخالف للآداب ما يأتي :

١- الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص على أن يكذب لمصلحة آخر ، وعلى الأخص أمام المحكمة .

٢- الاتفاق الذي ترتضى به امرأة تعاشر رجلا معاشرة أئمة غير مشروعة .

والاتفاقات التي ترد بشأن الدعارة ، كالاتفاق مع امرأة على أن تعمل فيها، أو الاتفاق على الترويج لها أو الاتفاق على تأثيث مكان لها .

٣- الاتفاقات التي تستهدف التأثير على حرية الناخب في أن يختار ما يراه صالحا لتمثيله .

٤- إبرام عقد بيع مقابل التنازل عن دعوى حجر .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كانت المادة ٥٥١ من القانون المدني لاتجيز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية فإن التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانونا ، ومن ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائغة في حدود سلطتها الموضوعية ، أن عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن دعوى حجر وأن ثمنا لم يدفع ، فإنها تكون قد تحققت من صورية السبب الوارد في العقد ، والحكم المطعون فيه ، إذا انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد خالف القانون ."

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

٥- " إذا كان سبب السند الصادر من الأم لابنتها ، قصد به التحايل على أحكام الميراث .

وفي هذا قضت محكمة النقض :

" متى كان سبب السند الصادر من الأم لابنتها هو باقرار الأم أنها بعد أن وهبت أطيانها لابنتها في صورة عقد بيع خشيت أن يرث الغير ابنتها في حالة وفاتها قبلها فاتفقت مع ابنتها على أن تحرر لها على نفسها هذا السند لتحول دون إرث الغير فيها على أن تمزقه البنت إذا ماتت الأم قبلها ، فهذا السند إنما قصد بتحريره الاحتيايل على قواعد الإرث ، فهو باطل لعدم مشروعية سببه ، وتكون الدعوى المرفوعة من الأم بعد وفاة ابنتها بمطالبة ورثتها بحصتهم في قيمته واجبة الرفض " .

(طعن رقم ١١٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٤/٤/١٩٤٩)

وإذا كان السبب مخالفا للنظام العام ، وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا . ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

مادة (١٣٧)

- ١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك .
- ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه .

الشرح

٢٦- عدم ذكر سبب الالتزام في العقد :

وإن كانت المادة ١٣٦ مدني توجب أن يكون للالتزام سبب مشروع ، إلا أنها لم تشترط ذكر سبب الالتزام في العقد .
ومن أمثلة عدم ذكر سبب الالتزام في العقد أن ينص سند الدين على أن المدين يتعهد بنفع مبلغ معين للدائن دون أن يذكر سببه كونه قرضاً أو ثمناً لعقار أو أجره منزل الخ " .
في هذه الحالة يفترض أن سبب الالتزام مشروع ويعفى القانون الدائن من إثبات سبب الالتزام .

والقرينة التي وضعها الشارع وهي مشروعية سبب الالتزام إذا لم يذكر السبب في العقد ، هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها ، فإذا ادعى المدين أن الالتزام لا سبب له ، أو أن السبب غير

مشروع كان له إثبات ذلك . فيجوز للمدين مثلاً أن يقيم الدليل على أن التزامه بدفع مبلغ من النقود لايقوم أصلاً على سبب ، لأنه تعهد بدفعه اعتباراً بأن الدائن سيقرضه إياه ، وأن هذا الأمر لم يحصل ، أو أنه تعهد بدفعه اعتداداً بوصية اعتقد صدورها من مورثه ، ثم تبين رجوع هذا فيها أو بطلانها . وله أيضاً أن يقيم الدليل على عدم مشروعية السبب ، كما إذا أثبت أن المبلغ الذى التزم بدفعه كان على سبيل الرشوة أو فى مقابل ارتكاب جريمة ، أو لحمل امرأة على معاشرة غير شرعية أو لاستمرارها فيها .

وللمدين أن يثبت هنا عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته بكافة الطرق - بما فيها البيئة والقرائن - وذلك حتى لو زاد الدين على خمسمائة جنيه . إذ أن الدليل يقوم هنا على خلاف افتراض قانونى ، فهو لايقوم على إثبات أمر وارد فى محرر مكتوب ، ثم هو يقوم من ناحية أخرى ، على وقائع مادية ، لايتقيد الإثبات بشأنها ^(١) .

(١) أحمد حنمت أبو ستيت ص ٢٤٠ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٥٨ -
وأثناء مناقشة المادة بلجنة المراجعة أثار أحد الأعضاء بمناسبة الفقرة
الأولى المسألة الآتية :

إذا كان هناك سند مكتوب لم يذكر سبب الالتزام فيه وافترض بمقتضى
الفقرة الأولى أن له سبباً مشروعاً وأراد المدين أن يثبت أن الالتزام سببه
غير مشروع لو أنه ليس له سبب فى هذه الحالة الأولى وهى حالة
إثبات السبب غير المشروع لا شك فى جواز الإثبات بالبيئة . لما فى

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مجرد توقيع مصدر السند عليه يفيد التزامه بدفع قيمته ، ولو لم يذكر فيه سبب المديونية ذلك أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ، ما لم يَم الدليل على غير ذلك ، ويقع عبء الإثبات على من يدعى انعدام السبب " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٤/٨)

٢- (أ) - " المادة ١٣٦ من القانون المدني وإن كانت توجب أن يكون للالتزام سبب مشروع إلا أنها لم تشترط ذكر هذا السبب في العقد ، بل إن المادة ١٣٧ تنص على أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يَم الدليل على غير ذلك وهو ما يقطع بأن عدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يؤدي إلى بطلانه " .

(ب) - " تجيز المادة ٤٨٨ من القانون المدني حصول الهبة تحت ستار عقد آخر ، وكل ما يشترطه القانون لصحة الهبة

الحالة الثانية وهي حالة إثبات انعدام السبب فهل يجوز إثبات ذلك بالبينة أيضا .

فأجاب معالي السهوري باشا أن الوارد في الفقرة الأولى هو في الواقع قرينة قانونية يجوز إثبات عكسها وعلى ذلك يجوز إثبات العكس بالبينة سواء أريد إثبات أن السبب غير مشروع أو أن السبب لا وجود له .

فاكتفت اللجنة بهذا الإيضاح " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٢٣١) .

المستترة أن يكون العقد السائر للهيئة مستوفيا الشروط المقررة له في القانون ، وإذ كان الحكم قد انتهى في أسبابه إلى أن تصرفات مورث الطاعن - التي اعتبرها هيأت مستترة - قد صدرت منجزة ومستوفية الشكل القانوني بتلاقى الإيجاب والقبول على مبيع معين لقاء ثمن مقدر ، وكان ذكر الباعث الدافع للهيئة في العقد السائر لها يتنافى مع سترها ، وكان الطاعن لم يقدم - على ما سجله ذلك الحكم - الدليل على ما ادعاه من عدم مشروعية السبب في هذه التصرفات ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١٧)

٣- " لما كانت المادة ١٣٦ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وإن أوجبت أن يكون للالتزام سبب مشروع إلا أنها لم تشترط ذكر هذا السبب ، كما أن المادة ١٣٧ تنص على أن كل التزام لم يذكر له سبب يفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك ، وكان مؤدى ذلك أن عدم ذكر سبب الالتزام لا يؤدي إلى بطلانه وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر في قضائه فإنه لا يكون قد خالف القانون ، ولا شابه فساد في الاستدلال " .

(طعن رقم ٢٨٠٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٧)

٤- " مؤدى ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من القانون المدنى . أن المشرع وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب فإذا ادعى المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته فإن عبء إثبات ذلك يقع على عاتقه".

(طعن رقم ٢٦٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٧)

فإذا تمكن المدين من إثبات عدم مشروعية السبب ، تعين عليه أيضا أن يثبت علم الدائن بعدم مشروعية السبب ، إذ يشترط لبطلان العقد في هذه الحالة أن يكون سببه غير مشروع وأن يكون للدائن يعلم أو باستطاعته أن يعلم بعدم مشروعية السبب . والعلم واقعة مادية تثبت بكافة الطرق . فإذا تخرج وارث على التركة مع شخص ظنه وارثا وحرر له سنداً بمبلغ من النقود لم يذكر به سبب الدين ، ثم تبين أن هذا الشخص ليس وارثا ، كان للمدين حينئذ أن يثبت بكافة الطرق أن الدين ليس له سبب لعدم تعلق حق الإرث بالدائن أو بالتخرج كان سببا لتحرير سند الدين ، فحينئذ تقضى المحكمة ببطلان الالتزام^(١) .

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٠٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت واقعة الدعوى هي أنه ، حسما للنزاع القائم بين فريق قبيلتي السنافرة والقطعان وبين فريق الجبيهاث بسبب حادثة قتل أحد أفراد السنافرة وآخر من القطعان واتهام قبيلة الجبيهاث فيهما ، اتفق بعض أفراد الفريقين ، بمقتضى كتابة موقع عليها منهم، على أن يحكموا في هذا النزاع قومسيون تحكيم مؤلفا من حكامدار البحيرة رئيسا وثمانية أعضاء محكمين اختار كل فريق أربعة منهم ، وقرر الجميع أنهم قابلون للحكم الذي يصدر من هذا القوميسيون مهما كان ، وأنهم مستعدون لتنفيذة بكل الطرق ، وأن قوميسيون التحكيم المذكور أصدر حكمه بثبوت حصول القتل من قبيلة الجبيهاث وبإلزام الموقعين عليه من أفراد هذه القبيلة بأن يدفعوا إلى الموقعين عليه من أفراد قبيلتي السنافرة والقطعان مبلغ أربعمائة جنيه دية عن كل واحد من القتيلين بمجرد إتمام حلف أولياء دم كل قتيل خمسة وخمسين يمينا بأن القتل حصل من قبيلة الجبيهاث ، ووقع على هذا الحكم بعض أفراد هذه القبائل فإن هذا الحكم يرتب على الموقعين عليه من أفراد قبيلة الجبيهاث تعهدا بدفع مبلغ ثمانمائة جنيه للموقعين عليه من قبيلتي السنافرة والقطعان معلقا على شرط حلف عدد معلوم من الأيمان ، وهذا الشرط الذي قبل الطرفان تعليق تنفيذ التعهد على تحققه ليس مخالفا للقانون بل

له أصله فى القسامة فى مسائل الدية فى الشريعة الإسلامية فهو إن كان تعهد مستوف كل العناصر القانونية الواجب توافرها فى التعهدات ، وسببه ، وهو حصول المتعهدين على الصلح بينهم هم وباقى أفراد قبيلتهم وبين المتعهد لهم وباقى أفراد القبيلتين الآخرين بخصوص حادثه القتل هو سبب صحيح جائز قانونا ، فالحكم الذى لايعتبر هذا تعهدا ملزما يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٤٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٨/٥/١٩٤٤)

٢- " إذا اتفق الورثة فى ورقة وصفوها بأنها شروط قسمة على أن يختص زيد منهم بمقدار كذا من أطيان التركة ثم يوزع باقى التركة على الورثة جميعا ، وهو منهم بالفريضة الشرعية ، ثم تنازعوا فى هذا ، وطلب زيد الحكم له بصحة العقد المذكور ونفاذه، فرأت المحكمة أن هذا الاتفاق لم يكن ملحوظا فيه تقسيم التركة بين الورثة على أساس توزيع الأنصباء بالزيادة أو النقصان تبعا لجودة الأرض وضعفها ، وغير ذلك من العوامل التى تراعى عادة عند القسمة فاعتبرت الورقة مجرد التزام ، فلا يجوز لزيد التحدى فى هذا المقام بالمادة ٤٥١ مدنى ، إذ هذه المادة إنما تبين كيفية إجراء القسمة التى من شأنها إنهاء حالة الشيع ، أما على إعطاء أحد الورثة جزءا من التركة فوق نصيبه الشرعى فلا دخل له فى كيفية القسمة . وإذا كانت المحكمة بعد أن انحصر النزاع أمامها فى تعرف سبب الالتزام قد أحالت الدعوى إلى التحقيق ليثبت من عليه

، الالتزام أن ما ادعاه من أن هذا الالتزام ليس له سبب مشروع فهذا منها سليم ولا غبار عليها فيه ، إذ هي قد جرت في ذلك على وفق المادة ٩٤ من القانون المدني التي توجب لصحة الالتزام أن يكون مبنيا على سبب مشروع فإن لم يكن السبب مذكورا في العقد وادعى المدين أن التزامه ليس له من سبب أو أن سببه غير مشروع كان عليه عبء إثبات ما يدعيه من ذلك . ثم إذا انتهت المحكمة إلى القضاء ببطلان الالتزام لعدم وجود سبب له ، بناء على ما ثبت لديها من التحقيق وما استظهرته من الأدلة التي نكرتها في حكمها والتي من شأنها أن تؤدي إلى ما رتبته عليها فلا معقب على قضائها" .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ١٣ ق جلسة ١١/١/١٩٤٥)

٣- " إذا كان السند الإذني الذي بنى عليه الحكم قضاءه بالزام المدين بأن يدفع إلى الدائن قيمته قد جاء به أن القيمة وصلت المدين فإنه يكون صريحا في أن لالتزام المدين سببا . على أن مجرد عدم ذكر السبب لا يبطل السند إذ التزم المدين قرينة قانونية على قواعد السبب المشروع وللمدين نفى هذه القرينة بإقامة الدليل العكس كما هو شأنه إذا ادعى أن السبب المدون في سند الالتزام أريد التستر به على سبب غير مشروع ، ولمحكمة الموضوع في الحالتين مطلق السلطة في تقدير الأدلة التي يتنوع بها المدين ، فإذا ادعى

أن سبب السند الذى التزم بوفاء قيمته هو سبب غير مشروع لأنه كان لقاء امتناع الدائن عن مزاحمته فى مزاد وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، فرفضت المحكمة طلبه لما اقتضت به من بطلان هذا الإدعاء من الأدلة التى استندت إليها فلا مخالفة للقانون فيما فعلت . إذ هى غير ملزمة بإحالة الدعوى على التحقيق لسماع بيعة عن وقائع استيقنت من العناصر القائمة فى الدعوى عدم صحتها " .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٤/٦)

٧٧- استخلاص الغرض من التعاقد من ظروف الدعوى : وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لايلزم أن يكون الغرض من التعاقد واردا فى العقد ، بل للمحكمة أن تستخلصه من وقائع الدعوى وما تعارف عليه الناس " .
(طعن رقم ٩٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٤)

٧٨- صورية السبب المذكور فى العقد :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ على أن : " ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه " .

ومفاد ذلك أنه إذا ذكر في العقد سبب للالتزام ، قامت قرينة قانونية على أن هذا السبب هو الحقيقي ، حتى يقوم الدليل على العكس . فإذا ذكر مثلاً في العقد أن المدين قد تسلم من الدائن مبلغاً من النقود على سبيل القرض ، اعتبر التزامه برد ذلك المبلغ قائماً على هذا السبب حقيقة ، حتى يقام الدليل على كذبه .

وإذا ألح المدين في إثبات صورية السبب المذكور بالعقد ، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً - سواء كان دافئاً أو مديناً - أن يقيم الدليل على السبب الحقيقي وعلى مشروعية هذا السبب أو عدم مشروعيته .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " ولا يترتب على السبب الصورى بطلان العقد لمجرد الصورية بل يتوقف الأمر على السبب المستتر . فإذا تخلف هذا السبب أو تحقق غير مشروع بطل العقد ففكرة انعدام السبب أو عدم مشروعيته هي التي ينافى بها أمر الحكم على السبب للصورى .

٢- أما فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان :

(أ)

(ب) والثانية افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد الحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته . فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقى تلحق به صفة المشروعية (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٢٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" نصت المادة ١٣٧ من القانون المدنى على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ومؤدى ذلك أن القانون وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب ، فإن ذكر فى العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله فإذا ادعى المدين عدم مشروعية السبب ، فإن عبء إثبات ذلك يقع على عاتقه ، أما إذا كان دفاعه مقصوراً على أن السبب المذكور بالعقد هو سبب صورى فعليه أن يقدم للمحكمة الدليل القانونى على هذه الصورية ، وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سبباً آخر مشروعاً إلى عاتق المتمسك به .

وإن فمضى كان الطاعنان لم يقدموا الدليل على صورية السبب المدون فى السندات موضوع الدعوى ، وكانت المحكمة قد رأت فى حدود سلطتها الموضوعية أن القرائن التى ساقها الطاعنان ليستدلا بها على عدم مشروعية سبب الدين غير جدية وغير كافية لضعاف الدليل الذى قدمه المطعون عليه وهو إثبات قرضه بسندات إذنية

ثابت بها أن قيمتها دفعت للمفلس أو لزامنه وأن هذه القرائن لاتبرر إجابة الطاعنين إلى طلب إحالة الدعوى على التحقيق فإنها لاتكون قد خالفت مقتضى المادة ١٣٧ من القانون المدني .

(طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٤/٢)

٢- " (أ) مؤدى نص للمادتين ١٣٦ و١٣٧ من القانون المدني أن

المشرع قد وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله ، وإن ادعى المدين صورية السبب المذكور في العقد كان عليه أن يقدم الدليل القانوني على هذه الصورية ومن ثم ينتقل عبء إثبات أن للعقد سبباً آخر مشروعاً على عاتق المتمسك به " .

(ب) - " لما كانت المادة ٥٥١ من القانون المدني لاتجيز الصلح

في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية فإن التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانوناً ، ومن ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائغة في حدود سلطتها الموضوعية ، أن عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن دعوى حجر وأن ثمناً لم ينفع فإنها تكون قد تحققت من صورية السبب الوارد في العقد والحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

٣- " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدني أنه إذا ذكر في سند الدين أن قيمته دفعت نقدا ، ثم قام الدليل على انتفاء القرض ، فإن على الدائن أن يقيم الدليل على أن للسند سببا حقيقيا مشروعا " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/٦/٢٤)

٤- " النص في الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من القانون المدني على أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك وفي الفقرة الثانية على أن يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ، مؤداه أن ثمة فرضين ، الأول أن يكون السبب غير مذكور في العقد ، وفي هذا الفرض وضع المشرع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب ، على أن القرينة قابلة لإثبات العكس ، فإذا ادعى المدين أن للعقد سببا غير مشروع يقع على عاتقه عبء إثبات ذلك ، فإن أثبت ذلك فعليه أيضا أن يثبت علم الدائن بهذا السبب ، والفرض الثاني أن يذكر السبب في العقد ، وفي هذا الفرض أيضا ثمة قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، وهذه القرينة أيضا

قابلية لإثبات العكس ويكون على المدين إما أن يقتصر على إثبات الصورية ، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقى ومشروعيته إلى الدائن ، وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقى للعقد غير مشروع فتمه فارقا بين الفرضين المذكورين .

(طعن رقم ٥٠٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٤)

٧٩- إثبات صورية السبب المذكور فى العقد :

يخضع إثبات الصورية هنا للقواعد العامة فى الإثبات فلا يجوز إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة أو بما يقوم مقام الكتابة (م ٦١/أ من قانون الإثبات) حتى لو كانت قيمة العقد لا تتجاوز خمسمائة جنيه .

ولكن إذا كانت صورية السبب تنطوية أى قصد بها التحايل لمخالفة نص أمر فى القانون أو مخالفة النظام العام أو حسن الآداب جاز إثبات للصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن^(١). ومثال هذا النوع من الصورية أن يقترض شخص ألف جنيه لمدة سنة بفائدة ربوية فاحضة يبلغ سعرها ٢٠% ثم يذكر فى العقد أنه تسلم على منبيل القرض ألفى جنيه .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٥٩ - المستشار أنور طلبه ص ٦٠٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " عقد القرض يجوز إثبات صورته سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به . فإذا كانت سندات الدين منكورا فيها أن قيمتها دفعت نقدا ثم لتضخ من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدنيها في مناسبات وظروف مختلفة قبل توليخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدي المدين وتشكره لإصلانه وتبرعه لها فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابيا كافيا في نفى وجود قرض حقيقي " .

" إذا نفى المدين الدليل الذي تأخذ به محكمه الموضوع مما يجيزه القانون فهي صاحبة السلطة في تقدير قيمته وفي استخلاص النتيجة التي تستقيم لها منه " .

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١١/٣)

٢- " ذكر سبب الالتزام في العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا السبب غير حقيقي وأن الالتزام في الواقع معدوم السبب ولئن كان هذا الادعاء لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيا لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا أن إثباته يكون جائزا بطرق الإثبات كافة إذا كان الالتزام تجاريا على ما جرى به قضاء محكمة النقض من جواز إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي بغير الكتابة في المولد التجارية ومن ثم فإذا صح ما

تمسك به الطاعن (المدين) من أن التزامه تجارى فإن الحكم المطعون فيه ، إذ أقام قضاءه برفض طلب الطاعن تمكينه من إثبات انعدام سبب التزامه بغير الكتابة على أن سبب الدين قد ذكر صراحة فى السند وأن هذا يعتبر إقرارا من المدين بوجود ذلك السبب وبصحته ، يكون قد خالف القانون لما ينطوى عليه من مصادرة لحق الطاعن فى نقض ما هو مذكور فى السند بطرق الإثبات كافة كما أن إغالة بحث دفاع الطاعن المتضمن أن الالتزام تجارى قد أعجز محكمة النقض عن التحقق من صحة تطبيق القانون .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٧)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب ، الوارد فى سند الدين وذكر سببا آخر مشروعا على أنه السبب الحقيقى ، كان إقراره هذا غير قابل للتجزئة ويبقى الالتزام قائما وصحيحا ما لم يثبت المدين أن هذا السبب الآخر غير صحيح . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص فى حدود سلطته فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها إلى إنشغال نمة الطاعن بالمبلغ محل النزاع مما استظهره من أوراق الدعوى ومستنداتها من أن سند الدين قد حرر فى ذات التاريخ الذى حرر فيه إقرار التنازل بين الطاعن والخصم المدخل فى الدعوى بعد

تصفية الحساب بينهما ووفاء المطعون عليه الأول للأخير بهذا المبلغ عن الطاعن الذي حررله سند الدين آنف النكر وأن المطعون عليه الأول لا يعتبر ناكلا عن أداء اليمين التي وجهتها له محكمة أول درجة بناء على طلب الطاعن بعد أن نازع فيها ولم ينكر الطاعن عدم سداده الدين المطالب به وأقام قضاءه في ذلك على ما يكفي لحمله وله أصله الثابت في الأوراق فإن تعييبه فيما استطرد إليه تزيدا من أن التزام الطاعن بالوفاء بذلك المبلغ مرده قواعد الاثراء بلا سبب . أيا كان وجه الرأي فيه يكون غير منتج ... الخ " .

(طعن رقم ١٥٤٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٥)

٤- "وحيث أن هذا النص المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مجرد توقيع مصدر السند عليه يفيد التزامه بدفع قيمته ولو لم يذكر فيه سبب المديونية ذلك أن كل التزام لم ينكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يعم الدليل على غير ذلك ويقع عبء الإثبات على من يدعى انعدام السبب . غير أن الادعاء بانعدام السبب لا يجوز للمدين إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيا طالما لم يدع المتعاقد وقوع احتيال على القانون لما كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم للمطعون فيه للترزم هذا النظر ورفض الطعن بصورة السبب لعجز الطاعن عن تقديم

الدليل الكتابي المؤيد لادعائه فلا يعيب الحكم المطعون فيه أن التفت عن القرائن التي ساقها الطاعن أو المستندات التي قدمها للتدليل على صورية السبب والتي لا يتغير بها وجه الرأى فى الدعوى ويضحي النعى بهذه الأسباب على غير أسس " .

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/١/٣٠)

٨٠- التصرف المجرد :

رأينا أن السبب ركن فى العقد ، بل وفى التصرف القانونى بوجه عام . وهذه هى القاعدة فى قانوننا المصرى وفى القانون الفرنسى وفى غيره من التشريعات الأجنبية الأخرى ذات النزعة اللاتينية . ويطلق على التصرف ، حيث يلزم فيه السبب ، عبارة "التصرف المسبب " .

ويختلف الأمر فى القانون الألمانى ، ومن قبله فى القانون الرومانى ، حيث إن الأصل فىهما أنه لا يلزم أن يستند الالتزام إلى سبب ، بمعنى أن العقد أو التصرف عموما يقوم صحيحا ، بغض النظر عما إذا كان قد استند إلى سبب أولاً ، وعما إذا كان هذا السبب مشروعاً أو غير مشروع ، ويطلق على التصرف هنا عبارة " التصرف المجرد " ، أى التصرف المجرد عن سببه .

أما القوانين الجرمانية فقد أفسحت مجالاً واسعاً للتصرف المجرد إلى جانب التصرف المسبب ، وذلك لأن هذه القوانين تأخذ بالإرادة

الظاهرة . وهذا معناه الأخذ بالإرادة الظاهرة ولو جاءت مخالفة للإرادة الباطنة . ومن ثم يمكن أن نتجرد الإرادة الظاهرة من السبب الذى حرك الإرادة الباطنة . وحينئذ يكون التصرف مجردا . كما يمكن أن نتجرد الإرادة الظاهرة أيضا من العيوب التى لحقت الإرادة الباطنة . فلا يستطيع التمسك ببطلان التصرف إذا لم يكن له سبب مشروع ، ولا يستطيع طلب إبطال التصرف لعيب من عيوب الإرادة . فالدائن فى التصرف المجرد يستطيع التمسك بحقه دون أن يكون فى وسع المدين أن يدفع ببطلان التصرف لعدم وجود سبب مشروع أو بإبطاله لعيب فى الإرادة . ولا يبقى أمام المدين إلا أن يرجع بدعوى الإثراء على الدائن .

ومثل ذلك أن عقد انتقال ملكية العقار فى القانون الألمانى عقد مجرد . فإذا ذهب المتعاقدان إلى المكتب العقارى وسجلا اتفاقهما فى المسجل العقارى فإن الملكية تنتقل حتى لو كان هذا الانتقال دون سبب أو كانت الإرادة معيبة .

فإذا اتضح بعد ذلك أن الملكية انتقلت دون سبب أو أن الإرادة كانت معيبة فلا يكون لمن فقد الملكية إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقى الملكية ، وهى دعوى الإثراء بلا سبب .

والواقع أن التصرف المجرد يحقق استقرار التعامل إلى حد كبير . ولكن القوانين اللاتينية ، ومثلها فى ذلك **القانون المصرى** ،

لم تأخذ إلا استثناء في حالات قليلة جداً . ففي القانون المدني
لأنجد سوى تطبيقين اثنين هما :

١- التزام المناب في الوفاء قبل المناب لديه ، إذ تنص المادة
٣٦١ مدنى على أن : " يكون التزام المناب قبل المناب لديه
صحيحاً ولو كان التزامه قبل المناب باطلاً أو كان هذا الالتزام
خاضعاً للدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على
المناب . كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره " .

٢- التزام الكفيل نحو الدائن . فهذا التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة
بين الكفيل والمدين ، فلا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع
التي له أن يتمسك بها ضد المدين .

وفى القانون التجارى نجد الكمبيالات والسندات الإذنية
والسندات لحاملها .

فإذا كفل الكفيل المدين في نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه
مضموناً برهن ينقل عقار الكفيل ، ولم يوف المدين بهذا الدين
الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز للكفيل
أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص
عقار الكفيل من الرهن (١) .

(١) عبد المنعم الصده في مصادر الالتزام ص ٢٧٤ - المنهوى ص ٣٧٩

ومابعدهما - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٦٠ .

البطلان :

مادة (١٣٨)

إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق .

الشرح

٨١ - المقصود بالبطلان وأنواعه :

البطلان *nullité* هو الجزاء الذى يفرضه القانون على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته ، وهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . والنظرية القديمة أو التقليدية فى البطلان هى التى نأخذ بها اليوم . وهى تقسم البطلان إلى نوعين : **بطلان مطلق** و**بطلان نسبي** .

فالبطلان المطلق *nullité absolue* مقتضاه ألا يكون للعقد وجود فى نظر القانون ، فلا ينتج أى أثر من وقت إبرامه . ويتحقق هذا البطلان إذا تخلف ركن من أركان العقد ، وهى التراضى والمحل والسبب ، وكذلك الشكلية حين يتطلبها القانون للانعقاد .

والبطلان النسبي *nullité relative* يوجد معه العقد قانونا وينتج كل آثاره القانونية ، إنما يكون لمن شرع البطلان لمصلحته أن يطلب إبطال العقد ، فإذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعى ، وكأنه لم يكن ، فيصبح هو والعقد الباطل بطلانا مطلقا سواء .

ويستحق هذا النوع من البطلان إذا استوفى العقد أركانه ولكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة ، كأن يكون صادرا من شخص ناقص الأهلية أو شابه عيب من عيوب الإرادة .

على أن بعض الفقهاء أضافوا إلى نوعي البطلان المعروضين نوعا ثالثا ، هو الانعدام (inexistence) .

ويستحق الانعدام - عندهم - إذا نقص العقد ركن في أركانه ، وهي التراضي والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية . ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا استوفى هذه الأركان ولكن كان المحل أو السبب أو الشكل غير مستوف لشروطه فيما عدا شرط الوجود ، بأن كان المحل غير ممكن أو غير معين أو غير مشروع ، أو كان السبب غير مشروع ، أو كان الشكل موجودا ولكن لم يستوف الأوضاع القانونية .

ويرى هؤلاء الفقهاء أن الانعدام يتميز عن البطلان المطلق بأمرين : الأول أن العقد المنعدم لا يحتاج إلى حكم ببطلانه فهو منعدم من تلقاء نفسه ، بينما العقد الباطل بطلانا مطلقا قد توفرت له العناصر التي تجعل له كيانا موجودا ، ولهذا يحتاج إلى حكم ببطلانه . والثاني أن العقد المنعدم لا يترتب عليه أي أثر ، أما العقد الباطل بطلانا مطلقا فترتب عليه آثار في بعض الصور .

غير أن الرأي السائد فى الفقه يذهب إلى أنه لا فرق بين الانعدام والبطان ، لا من الناحية العملية ، حيث يجب الرجوع فى الحالين إلى القضاء مادام أن الأصل المقرر فى القانون هو أن الشخص لا يأخذ حقه بيده حيث لا يولد العقد فى الحالين أثرا ما . ولا من الناحية المنطقية كذلك ، حيث يدعو التمييز بين الانعدام والبطان أمرا غير مفهوم ، إذ العقد الباطل معدوم فى نظر القانون ، والعدم لا مراتب فيه ^(١).

(١) السهورى ص ٣٩٨ ومابعدا - حلمى بهجت بدوى ص ٢٣٠ - سمير تناغو ص ٩٠ ومابعدا - حشمت أبو ستيت ص ٢٤٣ عبد المنعم الصده ص ٢٧٨ - وهناك من الفقهاء من ذهب إلى أبعد من ذلك ، فيرون أن البطان تتعد مراتبه بتعدد الأغراض التى يتوخاها القانون فى العقد . فما دام أن كل شرط فى العقد يراد به أن يفى بفرض معين فإن هذا الشرط إذا اختل كان العقد باطلا فى الحدود التى تتعلق بهذا الشرط وعلى أساس هذا النظر صحح الشارع **هيئة** الباطلة ليعب فى الشكل إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هذه الهيئة (م ٤٨٩مدنى) كما صحح عقد الشركة المدنية الباطل لعدم توفر الشكل بالنسبة إلى الغير، إذ حرم على الشركاء أن يحتجوا بهذا البطان قبل الغير (م ٥٠٧٢مدنى) . على أن مثل هذه الحالات التى خرج فيها الشارع على القواعد المعروضة فى البطان لها عللها الخاصة بها . وإذا كان هذا رأى يتسع لتفسيرها بما ينطوى عليه من مرونة إلا أنه مع ذلك لا يصلح أساسا لتحديد حالات البطان لاقتقاره إلى ضوابط ثابتة يمكن الركون إليها (راجع فى عرض هذا رأى عبد المنعم الصده ص ٢٧٩) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد . كعدم توافر الأهلية إطلاقا بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تقريرا على ذلك أو كانتقاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكما . وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، فى حكم الواقع أو حكم القانون ، يحول دون انعقاده أو وجوده وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق .

٢- أما البطلان النسبى فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركنا من أركانه هو الرضاء ، يفسد بسبب عيب بداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد العاقدين ولذلك يكون العقد قابلا للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته : وهو من داخل رضاءه العيب ، أو من لم تكتمل أهليته ومن الجلى أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد فى مرحلتين متتابعين : الأولى مرحلة الصحة وينتج منها العقد جميع آثاره . والثانية مرحلة البطلان ، ويعتبر العقد فيها باطلا لا حكم له وقت نشوئه . فليست ثمة مراحل ثلاث : الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان : الصحة والبطلان .

٣- وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبى بمقتضى نص خاص فى القانون ، كما هو الشأن فى أحكام للمادتين ٦٣١ ، ٦٣٢ من

المشروع ، إذ تنص أولى هاتين المادتين على بطلان رهن الحيازة فى العقار بطلانا مطلقا إذا جعل من بيع الوفاء عقد سائر له فرغم أن الصورية لا تعتبر بمجرد سببها للبطلان ، طبقا للقواعد العامة، إلا أن القانون قد قصد إلى تحريمها فى هذه الحالة بالذات وجعل من النهى أمرا يتعلق بالنظام العام وأقام البطلان جزاء للخروج عليه .

أما المادة الثانية فتتضمن صورة من صور البطلان النسبى الذى ينشأ بنص خاص ، إذ تقضى ببطلان ملك الغير . فقابلية البيع للبطلان فى هذه الحالة لا ترد إلى عيب فى الرضاء أو نقص فى الأهلية ولكن القانون يخول المشتري حق التمسك بالبطلان ، إزاء ما هو ملحوظ من أن البائع يتمتع عليه أن يدلى لغيره بحق الملك فيما لا يملك (١) .

٨٢- البطلان للغش :

هناك قاعدة تأخذ بها المحاكم على الرغم من عدم وجود نص خاص فى شأنها ، ومضمونها أن الغش يفسد كل شئ ، أى يبطل التصرف الذى بنى عليه . ويمكن زيادة على الحالات التى ذكرناها أن يكون العقد باطلا إذا انطوى على غش . والغش يصعب تعريفا دقيقا . فله صورته المتعددة ، إلا أنه يمكن معرفته بأمانة مميزة ألا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٥٦ وما بعدها .

وهى استعمال العقد كوسيلة لإضرار بحقوق الغير . فمثلا فى حوالة الحق إذا كانت الحوالة لم يقبلها المدين ولم تعلن إليه بعد ، ثم تواطأ المحيل مع محال له ثان فأبرما حوالة أخرى إضرارا بحق المحال له الأول ، فإن الحوالة الثانية تقع باطلة للغش، ويخلص الحق للمحال له الأول .

وجزاء الغش ليس هو البطلان دائما ، فقد يكون الجزاء هو عدم التنفيذ فى حق الغير الذى يراد الإضرار به ، كما هو الحال فى الصورية بالنسبة إلى الدائنين وآخلف الخاص ، وكما هى الحال فى الدعوى البوليصية .

ويعتبر اغش كذلك سببا للبطلان إذا كان الغرض منه الاحتيال على القانون ، أى الهروب من حكم يتعلق بالنظام العام ، وهذه هى حالة الغش ضد القانون كما فى حالة بطلان التصرف الذى يبرمه السفينة قبل الحجر ، إذا جاء نتيجة تواطؤ (م ١١٥/٢ مدنى) فعلة البطلان (أو القابلية للإبطال) الذى يقرره الشارع فى هذه الحالة هى الغش الذى يشوب التصرف ، إذ يتوقع الطرفان حينئذ الحجر فيبادران إلى إلزام التصرف للفرار من أثر الحجر^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٨٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع ، كما أن له سلطة تامة فى استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به هذا الغش ، ومالا يثبت دون رقابة عليه من محكمة النقض فى ذلك مادامت الوقائع تسمح به . فإذا كانت محكمة الموضوع قد رأت فى أوراق الدعوى وظروفها وملابساتها ما يكفى لنفى الصورية والغش والتكليس المدعى بها ، فإنها ليست فى حاجة بعد ذلك لسماع الشهود لإثبات ونفى هذه الصورية " .

(طعن رقم ٢٧٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

٨٣. التفرقة بين البطلان وما قد يشتبه به :

- البطلان وعدم النفاذ أو السريان على الغير :

لبطلان ، وهو الجزاء على عدم توافر أركان العقد وشروط صحته ، إنما يكون أصلا فى علاقة المتعاقدين ، فتتعدم القوة الملزمة للعقد لسبب كامن فيه معاصر لنشأته أما عدم النفاذ ، أو عدم السريان فمعناه أن العقد لا ينتج أثرا ما فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين ، حتى لو كان هو فى ذاته صحيحا ، فقد يكون العقد صحيحا فى ذاته وينتج بالتالى آثاره بين عاقيه ، ولكنه لايسرى فى حق الغير ، أى أنه لاينفذ فى مواجهتهم . بل إن هذا الحكم هو الذى تمليه القواعد العامة فى نسبية آثار العقود ، ومؤداها

أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقديهما وخلفائهما (المادة ١٤٥ منى). فإذا أجر شخص مثلاً داراً يملكها غيره ، فالإيجار برغم وقوعه على ملك الغير صحيح فى العلاقة بين عاقديه ، وينتج بالتالى آثاره بينهما ، ولكنه لا ينفذ فى مواجهة المالك الحقيقى ، ما لم يقره بمعته أنه إن لم يقره اعتبر بالنسبة إليه كأن لم يوجد أصلاً .

وإذا أبرم النائب باسم الأصيل ، عقداً تجاوز به حدود نيابته ، فإن هذا العقد يقع غير نافذ فى حق الأصيل ما لم يقره لاعتباره معقوداً من غير ذى صفة . وذلك بغض النظر عن حكم العقد فى ذاته من الصحة أو البطلان بين الطرفين اللذين أبرماه^(١) .

٢- البطلان والفسخ :

البطلان جزاء يلحق العقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون فى تكوينه ومؤداه أن العقد ينهار من أساسه ، تبعاً لانتهيار ركن من أركانه ، فالعقد هنا يعتبر أنه لم يقم أصلاً .

أما الفسخ فهو جزاء يرد على عقد تم صحيحاً ، ولكن لسبب واقعة متأخرة على تمامه ، هى عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته الناشئة عن العقد ، فمطلب للعقد الآخر التحلل بما عليه من التزامات ، ومن ثم فإن الفسخ لا يكون إلا فى عقد ملزم للجانبين .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٦٤ وما بعدها .

فإذا أجيب طالب الفسخ إلى طلبه انحل العقد واعتبر نتيجة انحلاله هذا أنه لم يوجد أصلا .

٨٤. العقد القابل للإبطال لا يبطل إلا باتفاق أو بحكم :

العقد القابل للإبطال لا يصير باطلا من تلقاء نفسه ، أو بتوجيه إعلان رسمي بالإبطال إلى الطرف الآخر . وإنما يأخذ هذا المصير إما بالاتفاق وإما بحكم القاضى ولا محل للتعويل على ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي من أنه :

" على أن التمسك بهذا البطلان (البطلان النسبى) لا يستلزم الترافع إلى القضاء ، بل يكفي فى ذلك ، وفقا لما استحدثت المشروع من أحكام نقلها عن التقنين الألمانى ، تصريح يعلن إلى العاقد الآخر إعلانا رسميا ، وعلى هذا العاقد أن يرفع الأمر إلى القضاء إذا أراد المنازعة فى قيام البطلان " ^(١) لأن النص الذى يتضمن هذا الحكم قد حذف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٥٦ وما بعدها .

(٢) كانت المادة (١٩٧) من المشروع التمهيدي تنص فى فقرتها الأولى على أن : " يكفي فى تقرير البطلان النسبى إعلان الطرف الآخر به إعلانا رسميا " وفى لجنة المراجعة أُلحقت المادة المذكورة مع المادة (١٩٦) وأصبح رقمهما فى المشروع النهائى (١٤٢) وعدل نص الفقرة الثانية منها بجعله كالآتى :

" ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلانا رسميا مع بيان سبب البطلان وأدلته فإذا تم الإعلان على هذا

٨٥ - لا يجوز للمحكمة القضاء بإبطال العقد من تلقاء نفسها :

لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالإبطال من تلقاء نفسها ، لأن الإبطال مقرر لمصلحة شخص معين ، وليس بحكم طبيعة الأشياء أو لمخالفة النظام العام أو الآداب ، كما هي الحال في البطلان كما سنرى .

٨٦ - من له الحق في التمسك بالإبطال ؟

يجب أن يطلب الإبطال للمتعاقد الذى يقرر القانون الإبطال لمصلحته ، فلا يجوز أن يطلب الإبطال شخص آخر غير ذلك الذى شرع البطلان لمصلحته ، حتى لو كان هذا الشخص هو المتعاقد الآخر .

الوجه اعتبر العقد باطلا من وقت صدوره دون إخلال بحق المتعاقد الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة من وقت وصول الإعلان " . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت أغلبية اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة وجاء فى تقريرها : "حذفت الفقرة الثانية نوحيا لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال وتجنبنا لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٣٥ ومابعدا) .

فالقانون حينما يقرر أن عقدا ما قابل للإبطال ، يفعل ذلك حماية لمصلحة خاصة ، هي مصلحة العاقد الذى حصل الخل فى العقد إضرارا به ، فلا يكون لغير هذا العاقد طلب الإبطال .

فإذا كان سبب الإبطال هو عيب فى الإرادة ، فإن من شاب إرادته عيب هو وحده الذى يحق له أن يطلب الإبطال .

وإذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص الأهلية ، فإنه يكون لنقص الأهلية وحده التمسك بالإبطال ، وذلك بواسطة من يمثله قانونا من ولى أو وصى أو قيم . فإذا زال النقص فى أهليته ، كما إذا كان قاصرا وبلغ رشده أو سفيها لو ذا غفلة ورفع الحجر عنه ، جاز له أن يباشر طلب الإبطال بذلت نفسه .

وإذا كان الإبطال مقرا بمقتضى نص فى حالة أخرى كان التمسك بالإبطال للعاقد الذى خوله الشارع هذا الحق ، ففى بيع ملك الغير يكون هذا الحق للمشتري وحده (م ٤٦٦ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "لوصى حق رفع الدعاوى والطعن فى الأحكام التى تصدر لغير مصلحة من يقوم على ماله بطرق الطعن العادية وغير العادية. أما ما ورد فى الفقرتين ١٢ ، ١٣ من المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع

دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية فهو ليس بشرط لقبول الدعوى أو الطعن وإنما قصد به إلى رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به".

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٣ قى جلسة ١٩٥٦/١/٢٥)

- " التحكيم هو بنص المادتين ٧٠٢ ، ٧٠٣ من قانون المرافعات مشاركة بين متعاقدين ، أى اتفاق على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين . وبطلان المشارطات لعدم الأهلية بحكم المادتين ١٣١٠ ، ١٣٢ من القانون المدنى بطلان نسبى إلى عدم الأهلية فلا يجوز لذى الأهلية التمسك به " (١) .

(طعن رقم ٧٣ لسنة ١٧ قى جلسة ١٩٤٨/١١/١٨)

٣- لايجوز لمذى الاستحقاق الذى تلقى الحق عن شريك أو وارث أن يتحدى ببطلان بيع نصيب القاصر فى المال الشائع إذا تم بأقل من الثمن المحدد بقرار المحكمة للحصية ، إذ أن هذا البطلان نسبى شرع لمصلحة القاصر وحده دون الغير " .

(طعن رقم ٣٦١ لسنة ٢٢ قى جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

٤- " إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، على أن يحصل الوصى أو القيم على إذن من

(١) تقابلهما فى القانون الجديد المادتان ١١٩ ، ١٣٨ مدنى .

الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذاً في حق ناقص الأهلية . وإذ كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبياً لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات .

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣)

(أنظر أيضاً طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧)

(المنشور بالبند التالي)

٥- " الدعى ببطلان محضر الخطبة - عند المصريين غير المسلمين - غير مقبول ، ذلك إنه لما كان الثابت أن الطاعن لم يتمسك بهذا للدفاع أمام محكمة الموضوع ، فإنه لا يصح إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)

٨٧. مدى انتقال الحق فى الإبطال إلى الخلف :

حق طلب إبطال العقد المقرر للمتعاقد ينتقل بعد موته إلى ورثته باعتبارهم خلفا عاما . ومعنى ذلك أنه يجوز لهم طلب الإبطال بمقتضى حق مباشر كذلك الذى كان لمورثهم ^(١).

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض إذ قضت بأن :

" متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع - قابلة للإبطال لمصلحة القاصر - كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدنى - فإن للقاصر فى حالة حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لورثته بوصفه خلفا عاما له يحل محل سلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه . وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فإنه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته " .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧)

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٢٤٢ مامش (١) - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٧٢ - عبد المنعم الصده ص ٢٨٤ - وعكس ذلك السنهورى ص ٤٢٩ وأحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٦٠ فيرين أنه لايجوز للخلف العام طلب الإبطال إلا بطريق الدعوى غير المباشرة التى تثبت لكل دائن .

أما الدائنون العائيون والخلف الخاص فلا يجوز لهم طلب الإبطال إلا باستعمال حق مدينهم من طريق الدعوى غير المباشرة.

٨٨ التمسك بالإبطال في أية حالة كانت عليها الدعوى :

يجوز لمن تقرر الإبطال لمصلحته التمسك بالإبطال في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ما لم يفسر سكوته على أنه ينطوي على إجازة ضمنية للعقد ، ولكن لايجوز له التمسك بالإبطال لأول مرة أمام محكمة النقض ^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٧٢ - عبد المنعم الصده ص ٣٨٤ .

مادة (١٣٩)

- ١- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية .
- ٢- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير .

الشرح

٨٩- إجازة العقد القابل للإبطال :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية " .

فالعقد القابل للإبطال هو الذى تصح إجازته ، لأنه عقد موجود قانونا منتج لكل آثاره . فلا فارق بينه وبين العقد الصحيح إلا فى أن العاقد الذى شرع الإبطال لمصلحته يستطيع أن يطلب إبطاله .

٩٠- تعريف الإجازة :

الإجازة هى النزول عن الحق فى طلب إبطال العقد ^(١) . وهى يملكها من شرع الإبطال لمصلحته ، لأنه هو صاحب الحق فى التمسك بالإبطال ، فهو الذى يملك النزول عنه . ويترتب عليها أن يزول الخطر الذى كان يهدد العقد بالزوال ، فيستقر العقد نهائيا . ويعتبر كأنه خال من قبل كل شائبة .

(١) الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات النظرية العامة ص ٢٤٤ - عبد المنعم الصده ص ٢٨٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في الفقرة الأولى من المادة ١٣٩ من القانون المدني على أن " (١) يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية" وفي الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من القانون ذاته على أن " (١) إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة " مفاده أنه إذا كان القانون هو الذي يرتب جزاء بطلان التصرفات أو قابليتها للإبطال ، وكانت الإجازة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادتين سالفتي الذكر ، التي يزول بها حق الإبطال ولكنها لاتجدي في إزالة البطلان المطلق ، إنما هو ذلك الإقرار الصريح أو الضمني الذي يصدر ممن يحتاج بهذا التصرف المعيب بما يفيد قبوله الالتزام بآثاره ، رغم قيام السبب المخل بصحته " .

(طعن رقم ٩٢٦٣ لسنة ٦٦ قى جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠)

٩١- الإجازة تصرف من جانب واحد :

الإجازة تصرف قانوني من جانب واحد ، فالأمر لايحتاج فيها إلى قبول من الطرف الآخر ، بل هي تحدث أثرها بمجرد صدورها وبدون توقف على وصول التعبير إلى علم التعاقد الآخر ، لأن التعبير هنا غير واجب التسليم ^(١) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٧٤ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٥٢ .

كما أنه لا يمكن الرجوع فيها .

٩٢- التمييز بين الإجازة والإقرار :

يجب التمييز بين الإجازة وبين وضع آخر كثيرا ما يخلط بينهما هو الإقرار .

فالإقرار هو تصرف قانوني من جانب واحد كذلك إلا أنه يصدر من أجنبي عن العقد ، وبه يضيف الأجنبي أثر العقد إلى نفسه بعد أن كان لا يتعدى إليه . ومثله إقرار الموكل لمجازة الوكيل حدود وكالته وإقرار المتعهد عنه للتعهد^(١).

٩٣- توافر سائر شروط التصرف في الإجازة :

لما كانت الإجازة تصرفا قانونيا فإنه يلزم أن يتوافر فيها سائر شروط التصرف ، ومن بينها زوال العيب الذى لحق العقد وقت الإجازة، وإلا وقعت معيبة هي الأخرى. فالعقد القابل للإبطال لنقص أهلية أحد الطرفين لا تلحقه الإجازة إلا بعد زوال العلة التى من أجلها تقرر الإبطال ألا هو نقص الأهلية . والإجازة الصادرة من المتعاقد قبل استكمال الأهلية تتعد قابلة للإبطال شأنها في هذا شأن العقد الذى وقعت عليه الإجازة . ولكى تكون الإجازة صحيحة يجب أن تقع بعد استكمال الأهلية .

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٢٤٥ وما بعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٥٢ وما بعدها .

وكذلك الحال في العقد القابل للإبطال بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه ، لا تلحقه الإجازة إلا بعد ارتفاع الوهم الذي قام في ذهن المتعاقد أو زوال الإكراه ، بعد ذلك تكون الإجازة عملاً قانونياً صحيحاً إذ الإرادة لم يعد يشوبها العيب ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ومادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً ، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان فهي تصحح بالإجازة ، ولو كانت ضمنية ، بشرط أن تتوافر شروط صحتها باعتبارها تصرفاً قانونياً ... الخ " ^(٢).

٩٤- يشترط للإجازة علم المجيز بقابلية العقد للإبطال واتجاه إرادته نحو النزول عن حقه في الإبطال :

يشترط للإجازة أن يكون المجيز عالماً بقابلية العقد للإبطال ، وأن تتجه إرادته نحو النزول عن حقه في إبطال العقد ^(٣).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الإجازة التي تصحح العقد القابل للإبطال هي التي تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد وأن يكون قاصداً لإجازته وإن فمتى كانت الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يدع

(١) حلمى بهجت بنوى ص ٢٤٤ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٢٥٧ .

(٣) المنهوزى ص ٤١٨ هامش (١) - المستشار مصطفى هرجه ص ٤١٨ .

صدر إجازة مستكملة لهذه الشروط القانونية بل اكتفى بالقول بأن مجرد توقيع المطعون عليها الأولى على محضر الجرد يفيد إجازتها للعقد الصادر من مورثها بصفته الشخصية وبصفته وصية على ابنتها القاصر ، وكان تمسك الطاعن بالإجازة استنادا إلى هذه الواقعة غير منتج ذلك أن المطعون عليها ما كانت تملك إجازة العقد بصفته وصية دون إذن من المجلس الحسبي كما أن مجرد توقيعها على محضر لا يفيد أنها كان تعلم بأن العقد الصادر من مورثها صدر منه وهو قاصر وأنها أرادت من التوقيع إسقاط حقها في الطعن على العقد ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يتعرض لبحث هذا الدفاع لا يكون باطلاً .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦)

٢- " إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ، ذلك لأن صفة الوارث التي تخوله حقا في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة " .

(طعن رقم ١٠٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٠)

٩٥- الإجازة الصريحة والإجازة الضمنية :

الإجازة قد تكون صريحة ، وقد تكون ضمنية . والإجازة الصريحة هي التي تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب الإبطال .

. وهى تكون صريحة بأية عبارة تفيد بوضوح اتجاه نية المجيز إلى الإجازة ، فلا تشترط فيها بيانات معينة .

أما الإجازة الضمنية ، فهى تلك التى يستدل عليها من ظروف الحال ، بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعا فى إفادته النزول عن حق التمسك بالإبطال .

إذ النزول عن الحق لا يفترض ، ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه .

ومثال الإجازة الضمنية ، أن يقوم المتعاقد الذى قرر القانون الإبطال لمصلحته بتنفيذ العقد أو إلى مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ العقد من جانبه ، وذلك مع علمه بالفساد الذى كان يعتريه ، أو أن يلجأ المشتري بعد أن يتبين فساد البيع الذى أبرمه ، إلى إعادة بيع المال إلى ثالث أو إلى رهنه أو إلى إجراء أى تصرف آخر فيه قانونيا كان هذا التصرف أم ماديا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان المقرر فى مذهب الإمام أبى حنيفة أن الوصية بقسمة التركة بين الورثة موقوف نفاذها على إجازتهم ، فإن الإجازة فى هذا المذهب لا تقتضى فى المجيز أهلية إلا الأهلية اللازمة لمباشرة العقد المجاز ، ومن ثم كان من يملك أن يعقد القسمة بنفسه يملك أن يجيزها إذا تولى غيره عقدها . ولما كان الوصى أهلا لأن

يعقد بإذن المجلس الحسبي قسمة مال صغيره عملا بنص المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية فهو أهل لأن يجيز بإذن المجلس المذكور قسمة موصى بها في هذا المال . وعلى ذلك فلا مخالفة للقانون متى كان الحكم إذ أجرى الوصية على القصر قد أسس قضاءه على أن أهمهم أجازتها بوصف كونها وصيا عليهم إجازة أقرها المجلس الحسبي .

(طعن رقم ٩٠ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/١١)

٢- " متى كان القاصر بعد أن بلغ سن الرشد قدم مذكرة تتضمن موافقته على الحكم الابتدائي القاضي برد العين المبيعة وفائسها إليه وإلى باقي الورثة وبطلب تأييده فإنه يكون غير منتج التمسك بأن الوصى قد طلب الاسترداد باسم القاصر وهو لا يملك هذا الحق إذ في موافقة القاصر على الحكم إجازة لعمل الوصى .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

٩٦- مالا يعتبر إجازة للعقد القابل للإبطال :

لاتعتبر إجازة ضمنية للعقد القابل للإبطال ما يأتي :

- ١- تنفيذ الالتزام مع التحفظ الصريح .
- ٢- طلب مهلة للوفاء .
- ٣- السكوت عن طلب الإبطال إلا إذا سقط الحق بالتقادم^(١) .

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٨٧ هامش (٢) - أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٥٣ .

٤- الدفع بتزوير العقد .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ليس في القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لعيب في أهلية المتصرف بعد الإخفاق في الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف ، لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر ، إذ يقتصر الأمر في الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف ، دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه ، بينما أن الطعن ببطلان التصرف لصدوره من غير ذى أهلية يوجه إلى ذات التصرف بإنكار أهلية المتصرف في إجراء التصرف . فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لا يقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلا لإصدار التصرف . كما أن الطعن بالتزوير لا يتضمن في ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه في الطعن بعد ذلك في التصرف لعيب في هذه الأهلية " .

(طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥)

٩٧- أثر الإجازة :

إذا أجاز العقد القابل للإبطال ، زال حق المتعاقد في التمسك بإبطال العقد ، واستقر وجود العقد نهائيا غير مهدد بالزوال . وهذا معناه أن العقد ينقلب صحيحا بوجه بات .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٣٩ على أن : "وتستند الإجازة إلى التاريخ تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير " . ومعنى ذلك أن العقد يعتبر صحيحا من وقت صدوره لا من وقت الإجازة ، لأن للإجازة أثرا رجعيا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة الذى عقده الوصية بدون إذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلانا نسبيا يصح بإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الإجازة تستند إلى التاريخ الذى تم فيه العقد فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح " .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١)

غير أن هذا الأثر الرجعى لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير فمن كسب حقا عينيا على الشيء موضوع العقد ، كما لو باع قاصر عيناً ، وبعد بلوغ سن الرشد باعها ثانية أو رهنها لآخر ، ثم أجاز العقد الأول ، فإن الإجازة لا تؤثر على حق المشتري الثانى أو الدائن المرتهن ، إذ تخلص العين لهذا المشتري لو تبقى متقلة بحق للرهن رغم الإجازة ^(١) .

(١) السنهاورى ص ٤٢٠ - عبد المنعم الصده ص ٢٨٧ - أحمد حشمت أبو ستيت ٢٥٣ وما بعدها .

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة فإن كانت هناك عيوب أخرى بقى باب الطعن مفتوحا من أجلها . ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعا فى غلط ، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية ، بقى له الحق فى إبطال العقد للغلط ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ... وإذا كان أثر الإجازة يستند ، أو ينعطف على الماضى ، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير . فلا تضر الإجازة مثلا من يشتري عقارا كان قد سبق لمالكة بيعه ، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع . ولما كان التليس والإكراه من قبيل الأفعال الضارة التى تلحق بها صفة التقصير المدنى ، فيظل مرتكبهما مسئولولا عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة ، رغم إجازة العاقد الآخر للتعاقد ، ما لم تنطو الإجازة على إسقاط هذه المسئولية " ^(٢).

٩٨. إثبات الإجازة :

يقع عبء إثبات الإجازة على عاتق الطرف الآخر غير المجيز ، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله إثباتها بكافة طرق الإثبات ومن بينها البيئة والقرائن ^(٣) .

(١) السنهاورى ص ٤٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٥٧ وما بعدها .

(٣) السنهاورى ص ٤١٩ وما بعدها - عبد المنعم الصده ص ٢٨٧ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع عاتق مدعى الإجازة . وإن فمئى كان للطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذى عقده وهو قاصر فإن الحكم المطعون فيه إذ ألقى عليه عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات ."

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ قى جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦)

٢- " إنه وإن كانت المادة ١/١٣٩ من القانون المدنى تقضى بأن يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية ، إلا أنه لما كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض ، أن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال ، إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة ، وإذا لم يقدم الطاعنون ما يدل على تمسكهم بهذا النفع أمام محكمة الموضوع ، وإغفالها تحقيقه ، فإنه لا يقبل منهم إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ."

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٧ قى جلسة ١٩٧٢/٢/١٥)

٣- " عبء إثبات إجازة العقد القابل للإبطال إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة ."

(طعن رقم ٢١٣٧ لسنة ٦٠ قى جلسة ١٩٩٥/٢/١)

٩٩- استخلاص الإجازة مسألة موضوعية :

استخلاص حصول إجازة العقد من عدمه مسألة موضوعية ، ولقاضى الموضوع فيها القول الفصل ، من غير أن يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله^(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية ، ومن ثم فلا تتريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت - فى حدود سلطتها الموضوعية استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها - إجازة الطاعنة لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن أصل التملك يرجع إلى عقد القسمة المذكور وبالتالي لاتعدو المجادلة فى ذلك أن تكون جدلا موضوعيا لاتقبل إثارته أمام محكمة النقض " .

طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ قى جلسة ١٩٦٢/٥/٣

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٧٦ .

مادة (١٤٠)

١- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

٢- ويسبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس ، من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه ، من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

الشرح

١٠٠- سقوط الحق في إبطال العقد بمضى ثلاث سنوات :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات " .

فالحق في طلب إبطال العقد القابل للإبطال لا يثبت لصاحبه إلا إلى أجل محدد . فإذا انقضى هذا الأجل سقط هذا الحق ، وتدعمت بذلك صحة العقد وتأيدت .

والمدة التى حددها النص هي ثلاث سنوات ميلادية .

وهذه المدة قد استحدثها القانون المدنى الجديد إذ كانت المدة فى القانون القديم خمس عشرة سنة من وقت العقد طبقا للقواعد العامة فرأى المشرع أن هذه المدة طويلة يظل العقد خلالها مهتددا غير مستقر فألغى إلى جانب هذه المدة الطويلة مدة قصيرة قدرها

ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى يزول فيه سبب قابلية العقد للإبطال.

وبالنسبة لناقصى الأهلية ، تبدأ هذه المدة لا من تاريخ إبرام العقد ، وإنما من وقت زوال نقص الأهلية أى من وقت بلوغ المتعاقد سن الرشد إن كان قاصرا ، أو من وقت رفع الحجر عنه إن كان سفيها أو ذا غفلة ، أو من وقت موته .

وبالنسبة لدعوى الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه ، فتبدأ هذه المدة فى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه .

أما بالنسبة لطالب إبطال العقد للاستغلال ، فقد رأينا أنه يسقط بمضى سنة من يوم التعاقد ، وهو ميعاد سقوط لايقبل الوقف أو الانقطاع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١١- " حددت الفقرة الأولى من المادة ١٤٠ من القانون المدنى مدة سقوط الحق فى الإبطال فى حالات حددتها على سبيل الحصر وهى حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه بثلاث سنوات ، أما فى غير هذه الحالات فإن مدة تقادم الحق فى إبطال العقد - وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - لا تتم إلا بمضى خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام العقد ، لما كان ذلك وكان من غير

الممكن تعريب الحكم فيما اشتمل عليه من أسباب قانونية خاطئة مادام قد انتهى في قضائه إلى نتيجة تتفق مع صحيح القانون ، وكانت مدة الخمس عشر سنة التي يتعين انقضاؤها لسقوط الحق في التمسك بالبطلان على نحو ما سلف بيانه لم تنقضى فإن رفض الحكم المطعون فيه للدفع المبدئى من الطاعن بسقوط الحق فى طلب إبطال العقد يكون متفقا مع صحيح القانون أيا كان وجه الرأى فيما أقام عليه قضاؤه فى هذا الشأن ومن ثم يكون للنعى عليه بسبب النعى غير منتج " .

(طعن رقم ٨٤١ لسنة ٥١ قى جلسة ١٩٨٥/٦/٣٠)

٢- " النص فى المادة ١٤٠ من القانون المدنى يدل على أنه فى العقد القابل للإبطال يسقط الحق فى طلب إبطاله بانقضاء مدة ثلاث سنوات دون التمسك به من صاحبه ، ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يستكمل فيه ناقص الأهلية أهليته ، ولا يجوز فى هذه الحالة أن يكون وقت تمام العقد بدءا لسريان تقادم دعوى طلب إبطاله خلافا لأحوال الغلط والتدليس والإكراه التى يكون فيها للتقادم بأقصر الأجلين إما بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى ينكشف فيه الغلط أو للتدليس أو من يوم انقطاع الإكراه، وإما بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد " .

(طعن رقم ١٤٣٩ لسنة ٥١ قى جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٨)

١٠١- سقوط حق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه بالتقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد :

تنص الفقرة الثانية من المادة في عجزها أنه :

” وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد “ .

فبالنسبة لدعوى إبطال العقد لنقص الأهلية وضع لها المشرع تقادما واحدا هو ثلاث سنوات من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية .

لما بالنسبة لدعوى إبطال العقد للغلط أو التدليس أو الإكراه، فقد أضاف إلى التقادم الثلاثي سالف الذكر ، تقادما آخر هو التقادم الطويل أي خمس عشرة سنة .

ويبدأ هذا التقادم من وقت تمام العقد .

وعلى ذلك فإن دعاوى الإبطال للغلط والتدليس والإكراه ، تنقضي إما بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو يرتفع فيه الإكراه ، وإما بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ تمام العقد . فالتقادم إذن هنا يكون بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد^(١) . والفرض الأول هو الغالب الوقوع .

(١) السنهوري ص ٤٢٤ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٧٩ .

فإذا فرض أن الغلط لم ينكشف للغالط إلا بعد ثلاث عشرة سنة فإن الحق في إبطال العقد يتقادم بخمس عشرة سنة من يوم صدور العقد لا بمضى ثلاث سنوات من تكشف الغلط، لأن المدة الأولى أقصر من الثانية ، ولأن دعوى الإبطال تتقادم بخمس عشرة سنة^(١). أما في حالة نقص الأهلية فيكون للتقادم بمضى ثلاث سنوات من وقت زوال نقص الأهلية وذلك بصرف النظر عن المدة التي انقضت من وقت التعاقد .

وأيا كانت مدة التقادم فإنها تقبل الوقف والانقطاع طبقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن .

١٠٤- للتقادم أثر رجعي :

إذا سقط الحق في إبطال العقد بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة فإن العقد يعتبر في حكم المجاز وتتأكد صحته منذ صدوره لا من يوم تمام مدة للتقادم ، إذ للتقادم كالأجازة أثر رجعي وإن اختلف عنها من حيث أنه في استناده إلى الماضي يتناول ما يكون قد تقرر للغير من حقوق . فإذا باع قاصر عينا وبعد بلوغه وقبل انقضاء ثلاث سنوات رتب على العين ارتفاقاً أو انتفاعاً ثم كملت مدة التقادم فإن ملكية العين تتأكد للمشتري خالصة مما أثقلها من حقوق^(٢).

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٠٧ .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٥٧ - المستشار مصطفى هرجه ص ٤٢٦ -

محمود جمال الدين زكي ص ١٠٦

وطالما انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحا ولايجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع باعتبار أن الدفع فى هذه الحالة لايعدو أن يكون فى حقيقته دعوى فرعية بالإبطال.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

٢- " النص فى المادة ١٤٠ من القانون المدنى على أن ١- يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ٢٠- ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس ، من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه ، إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد " . يدل على أن سقوط الحق فى إبطال العقد القابل لذلك يكون بمضى ثلاث سنوات يبدأ سريانها بالنسبة لحاله الغلط أو التدليس من اليوم الذى تكتشف فيه هذه الحالة بحيث إذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحا ، ولايجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع باعتبار أن الدفع فى هذه الحالة لايعدو أن يكون فى حقيقته دعوى فرعية بالإبطال " .

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١)

١٠٢- سريان مدة التقادم القصير على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون الجديد :

طبقاً للمبدأ العام الذى وضعه القانون المدنى الجديد فى الباب التمهيدى (المادة ٨) فإن العقود التى أبرمت فى ظل القانون القديم تخضع للمدة القصيرة ، ما لم يكن الباقى من المدة الطويلة المقررة فى القانون القديم أقل من المدة الجديدة .

فإذا فرض أن قاصراً أبرم عقداً فى أول يناير سنة ١٩٤٨ وبلغ سن الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٩، وفى ١٥ أكتوبر أدرک القانون الجديد ذلك العقد ، فإن هذا العقد الذى لم يكن يتقادم بحسب القانون إلا فى سنة ١٩٦٣ (ولا نقول سنة ١٩٦٤ لأن مدة التقادم كانت تحسب بالتقويم الهجرى) يخضع فى تقادمه للقانون الجديد فتبدأ ثلاث السنوات من يوم سريان القانون الجديد لا من يوم البلوغ وتتم فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ .

لما إن كانت المدة الباقية من التقادم السائد فى القانون القديم أقل من ثلاث سنين كما لو كان القاصر قد بلغ سن الرشد فى سنة ١٩٣٦ فإن التقادم يتم فى سنة ١٩٥٠ لا فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢^(١).

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٥٧ وما بعدها .

١٠٤- عدم تعلق التقادم بالنظام العام :

المقرر أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به . أمام محكمة الموضوع . ولايجوز للمحكمة القضاء بالتقادم من تلقاء نفسها .

ويسقط التمسك بالتقادم بالنزول عنه صراحة أو ضمنا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يسقط الحق في إبطال العقد بالتقادم إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات عملا بالمادة ١/١٤٠ من القانون المدني . ولما كان من المقرر أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع . فإنه إذا لم يثبت أن الطاعنين قد تمسكوا أمامها بتقادم دعوى البطلان ، فلا يقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/١٥)

مادة (١٤١)

١- إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة .

٢- وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد .

الشرح

العقد الباطل :

١٠٥- تقرير بطلان العقد الباطل :

رأينا أن العقد الباطل لا ينعقد أصلا . ويترتب على ذلك أننا لا نكون فى حاجة إلى إيقاع بطلانه . فهذا البطلان حاصل من تلقاء نفسه . ولكن قد يحتاج الأمر إلى تقرير بطلان العقد ، إذا ما نوزع فيه . وهنا يرفع الأمر إلى المحكمة .

وبخلاف الحال فى العقد القابل للإبطال ، يجوز التمسك ببطلان العقد الباطل لكل ذى مصلحة بل إن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

فليس لأى شخص أن يتمسك بالبطلان ، بل لابد أن يكون صاحب مصلحة فى ذلك . ويعتبر هذا تطبيقا لمبدأ عام من مبادئ قانون المرافعات (م ٣) وهو أنه لا دعوى ولا دفع بغير مصلحة .

وصاحب المصلحة فى التمسك بالبطلان هو كل صاحب حق يؤثر فيه وجود العقد أو بطلانه . فلا يكفى أن يكون الشخص صاحب مصلحة مجردة من أى حق كالتاجر مثلا له مصلحة فى بطلان عقد إيجار محل تجارى لتاجر آخر توقفا لمنافسته . مثل هذه المصلحة المجردة من أى حق لا تعطى للتاجر الأول أن يتمسك ببطلان عقد إيجار التاجر الثانى أما المصلحة المرتبطة بحق فهى تكون لكل من المتعاقدين ، ولو كان هو العاقد الذى جاء للبطلان من ناحيته ، فالبائع مثلا الذى جاء البطلان من ناحيته له مصلحة فى البطلان حتى لا يسلم العين للمشتري ، وللأخير - الذى يكون البطلان من ناحيته مصلحة فى البطلان حتى لا يدفع الثمن إلى البائع .

وتوجد مصلحة أيضا للخلف العام أى ورثة المتعاقدين والموصى له بحصة فى التركة ، وللخلف الخاص كالمشتري لعقار مرهون . وكذلك لأى دائن من دائنى المتعاقدين . فدائن البائع يتمسك بالبطلان حتى يقوم الشئ المبيع فى ذمة مدينه فيتمكن من التنفيذ عليه ، ودائن المشتري أن يتمسك بالبطلان أيضا حتى يعود الثمن المدفوع إلى ذمة مدينه^(١) .

ولكن نظرا لأن العقد الباطل لا وجود له فى نظر القانون ، فإن للقاضى أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك أى ذى مصلحة . بل إن القاضى يجب عليه أن يحكم بالبطلان فهذا واجب عليه لأن هذا البطلان من النظام العام وليس حق له فقط^(٢) .

(١) السهورى ص ٤٢٧ - سبيل ص ٩٧ وما بعدها - حلمى بهجت بدوى ص ٢٣٩ وما بعدها .

(٢) السهورى ص ٤٢٨ - جلال العدوى ص ١٩٥ - حلمى بهجت بدوى ص ٢٤٠ - ويذهب الأستاذ حلمى بهجت بدوى إلى أنه ليس معنى ذلك أن

والحكم بالبطلان غير منشىء للبطلان بل هو كاشف ومقرر له فقط.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فمادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوما - وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المعدوم - فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو لم يكن طرفا فى التعاقد ، كالمستأجر مثلا فى حالة بطلان بيع الشئ المؤجر بطلانا مطلقا ، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . أما البطلان النسبى فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد وهو الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته ، ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه " (١).

١٠٦- التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى أو الدفع :

يكون التمسك بالبطلان إما فى صورة دعوى أو فى صورة دفع. والغالب أن يتم التمسك بالبطلان فى صورة دفع، لأن من له مصلحة فى البطلان ليس فى حاجة إلى رفع دعوى لتقرير ذلك ، بل هو يستطيع

كل عقد باطل بطلانا مطلقا يعرض أمام القضاء مصيره إلى الحكم ببطلانه ولو لم يتمسك بذلك أحد الخصوم للأسباب الآتية :

أولاً : أن العقد الباطل بطلانا مطلقا كثيرا ما يكون له مظهر العقد الصحيح، ومتى لم يطن أحد المتنازعين فى هذا العقد ميينا وجه النقص فيه ظن يتبين القاضى هذا النقص .

ثانياً : أن القاضى فى النزاع المدنى إنما يقف موقف الحكم المحايد فهو لا يوجه النزاع المعروض أمامه ولا يثير دفوعا لم يثرها الخصوم .

ثالثاً : أن القاضى لا يحكم إلا بعناصر الدعوى المطروحة أمامه فلا يجوز له أن يحكم بطمه الخاص .

أن يتصرف على أساس أن العقد الباطل لا وجود له . فمن باع شيئاً بعقد باطل له أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري وله أن يبيعه مرة أخرى بعقد صحيح. ولكن إذا رفع المشتري عليه دعوى بطلب تسليم الشيء المبيع فإنه يدفع هذه الدعوى بدفع هو الدفع بالبطلان ، ويكون هذا هو الوضع أيضاً إذا رفع المشتري الأول دعوى استحقاق على المشتري للثالث . فإن لهذا الأخير أن يدفع هذه الدعوى بالدفع ببطلان عقد البيع الأول^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر أن دعوى بطلان العقد أو صوريته أو نفاذه أو فسخه التي يرفعها الغير ، إنما تتعلق برابطة قانونية واحدة بين طرفي العقد ، ولا تحتل إلا حلاً واحداً بالنسبة للعاقدين وبالتالي فإن الدعوى لا تكون مقبولة إلا باختصاص العاقدين معا فإذا رفعت الدعوى على أحدهما كان لمن رفعت الدعوى عليه أن يدخل من تعاقد معه فإذا وقف من الخصومة موقفاً سلبياً كان مركزه تابعاً للمتعاقدين الآخر فيكون الحكم الصادر في الدعوى حكماً له إذا كان قد قضى لصالح المتعاقدين الآخر ويكون حكماً عليه إذا كان قد قضى لصالح للغير".

(طعن رقم ٨٠٩٠ لسنة ٦٦ ق "إجراءات" جلسة ٢٠٠٤/١/٢٦)
وإذا رفعت دعوى ببطلان العقد تأسيساً على سبب معين ، كعدم مشروعية السبب مثلاً ، ثم رفضت للدعوى ، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى بطلان جديدة، إذ ما أسست على سبب آخر مختلف.

ولكن إذا رفعت دعوى بصحة العقد وقضى بقبولها ، فإنه يمتنع بعد ذلك الطعن فى العقد تأسيسا على أى سبب كان يمكن إيدأؤه حال قيام تلك الدعوى ^(١).

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى حكم بصحة ونفاذ العقد وأصبح الحكم نهائيا فإنه يحوز قوة الأمر المقضى فى شأن صحة هذا العقد ويمنع الخصوم أنفسهم أو خلفهم من التنازع فى هذه المسألة فى دعوى أخرى بطلب بطلانه ولايغير من ذلك اختلاف الطلبات فى الدعويين ذلك أن صحة العقد وطلب بطلانه وجهان متقابلان لشيء واحد والقضاء بصحة العقد يتضمن حتما القضاء بأنه غير باطل " .

(طعن رقم ٢٨١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢١)

١٠٧- عدم تصحيح العقد الباطل بالإجازة :

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من المادة (١٤١) فى عجزها بأنه : " ولايزول البطلان بالإجازة " فالإجازة لا تلحق العقد الباطل ، لأنها لايمكنها أن تجعل من العدم شيئا . والإجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد والعقد يفترض توافق إرادتين ، وهذه الإجازة لو حصلت لوقعت باطلبة فمؤدى الإجازة النزول عن حق

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٨٢ .

التمسك بالبطلان والبطلان هنا يمس النظام العام ولا يصح النزول عن حق يتصل بالنظام العام .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوما ، فلا يتصور إطلاقا أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان فهي تصحح بالإجازة الخ " (١) .

النزول عن حق يتصل بالنظام العام .

وإذا امتنعت إجازة العقد الباطل ، إلا أنه يجوز إعادة إبرامه من جديد بعد تلافي سبب البطلان ، وهذا الأمر يقتضى توافق إرادتى طرفى العقد كليهما ، فلا تكفى إرادة أحدهما . وإذا كان سبب البطلان أن العقد لم يأخذ الشكل الرسمى الذى يتطلبه القانون ، فلا بد من اتخاذه من جديد فى الشكل المطلوب (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

- ١- (أ) - " بطلان العقد بطلانا مطلقا لسبب معين لا يمنع طرفيه من إبرام عقد جديد بدلا منه لا يشوبه البطلان " .
- (ب) - " إذا كان الحكم المطعون فيه - على ما أوضحه فى مدوناته - قد أقام قضاءه بصحة التعاقد على ما استخلصه من أن قيام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٧ .

(٢) حلمى بهجت بدوى ص ٢٤٣ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٨٢ وما بعدها .

المطعون ضده بالوفاء بالعديد من أقساط ثمن الشقة محل النزاع بعد صدور القرار باعتماد التقسيم وتوالى قبول الطاعن منه هذا الوفاء، يدل على أن إرادة الطرفين قد تلاقى وانصرفت إلى إبرام البيع بينهما مرة أخرى بذات الشروط فانعقد بذلك بينهما عقد جديد توافرت له أركانه وشرائط صحته ، ولم يقل بأن ثمة إجازة لاحقة قد أزيلت البطلان عن البيع الأول نتيجة قبول أقساط ثمن الشقة المباعة فمن ثم يكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس له .

(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥)

ومن قبيل إجازة العقد الباطل ، ومن ثم يقع باطلا بدوره فلا يعتد به أن ينزل المتعاقد عن حقه في الطعن في العقد . فالنزول عن الطعن في العقد الباطل يفيد ضمنا الرضاء به ، أي إجازته .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التنازل عن الطعن في ماهية عقد البيع الوفاى لايقبل بعد صدور حكم نهائى يبطلانه لإخفائه رهنا كما أن هذا التنازل يتضمن إجازة لعقد باطل بطلانا مطلقا فلا يعتد به لأن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)

١٠٨- سقوط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة :

تنص الفقرة الثانية من المادة أن : " وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد " .

غير أن سقوط دعوى البطلان بمضى هذه المدة لايعنى بحال أن العقد الباطل قد زال بطلانه وأصبح عقدا صحيحا . وإنما يعنى مجرد عدم رفع دعوى بطلان العقد إذا مضت هذه المدة . لأنه من ناحية يجوز الدفع ببطلان العقد الباطل فى أى وقت لأن الدفع لا تسقط بالتقادم مهما طاللت المدة ^(١) .

ولهذا إذا رفع أحد طرفى العقد الباطل دعوى للمطالبة بتنفيذه بعد مضي خمس عشرة سنة ، فإنه يكون للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى ببطلان العقد . ومن ناحية أخرى يجوز لمن سلم شيئا

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني تؤيد رأى القائل بعدم سقوط الدفع بالبطلان بمرور الزمان . فقد قررت لجنة المراجعة عند النظر فى المادة (١٩٤) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة ١٤١ من القانون سقوط دعوى البطلان بالتقادم ، ولكن الدفع بالبطلان لايسقط بالتقادم وصارت الفقرة الثانية من تلك المادة على النحو التالى : "٢- وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به " . ووافق مجلس النواب على هذه الفقرة بعد إجراء تعديل لفظى لايمس الجوهر . وقد حذفت عبارة " دون الدفع به " فى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لأنه من المتفق عليه أن الدفع لايقضى بالتقادم ولم تر اللجنة محلا لإيراد تطبيق لهذه القاعدة المسبلة " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥١ ومابعدها) .

يملكه إلى آخر بمقتضى عقد باطل أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق فى أى وقت لأن هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم . كذلك يجوز لمن دفع لآخر مقابلا بمقتضى عقد باطل أن يرفع عليه دعوى استرداد ما دفع بغير حق مادامت هذه الدعوى تسقط بمضى ثلاث سنوات من وقت علمه بأنه دفع ما هو غير مستحق عليه أو بمضى خمس عشرة سنة من وقت الدفع لا من وقت العقد الباطل الذى كان دفعه بمقتضاه (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبداً ذلك أن العقد الباطل يظل معدوماً فلا ينعقد مع الزمن صحيحاً وإنما يتقادم الدعى به فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة ، أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم ، لأنه دفع وللدفع لا تقادم . فإذا كان الحكم قد انتهى إلى بطلان سند الدين بطلانا مطلقاً فإن ذلك يكفى لتقرير نتيجته اللازمة قانوناً وهى عدم تقادم الدفع بهذا البطلان بغير حاجة للإشارة إلى ذلك صراحة لو للرد على ما يتمسك به الدائن فى هذا الصدد " .

(طعن رقم ٩٠ لسنة ٢٣ ق جلسة ١١/٤/١٩٥٧)

(١) جلال العلوى ص ١٩٦ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٨٤ وما بعدها -
حلمى بهجت بنوى ص ٢٤٦ وما بعدها .

٢- "وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول إنه أسس دعواه على البطلان المطلق لعقد البيع والتوكيل لصدرهما منه وهو عديم الأهلية بسبب حالة الجنون التى ألمت وبسببها تم توقيع الحجر عليه بالحكم ١٢٦/ب سنة ١٩٦٦ كلى مال فتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد وإذ قضى الحكم المطعون فيه بسقوط حقه فى إقامة دعوى البطلان باعتباره نسبياً بمرور ثلاث سنوات من زوال سبب نقص الأهلية برفع الحجر فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الفقرة الأولى من المادة ١٤٠ من القانون المدنى قد حددت مدة سقوط الحق فى الإبطال فى حالات حدتها على سبيل الحصر وهى حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه بثلاث سنوات أما فى غير هذه الحالات فإن مدة تقادم الحق فى إبطال العقد لا تتم إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد ، وأن دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ١٤١ من ذات القانون ، لما كان ذلك وكانت المادة ٤٦ من القانون المدنى قد حددت حالات نقص الأهلية وهى كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد

وكان سفيها أو ذا غفلة في حين حددت المادة ٤٥ من ذات القانون حالات انعدام الأهلية وهي الجنون والعتة ومن لم يبلغ السابعة ، وبالتالي فإن مدة تقادم الحق في إبطال العقد بسبب الجنون أو العتة تكون خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وفقاً للمادة ١٤١ من القانون ذاته باعتبارهما من حالات انعدام الأهلية ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وطبق على واقعة الدعوى نص المادة ١٤٠ المتعلقة بحالات نقص الأهلية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة " .

(طعن رقم ٧١٧٢ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٢/٤/١٦)

مادة (١٤٢)

١- فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

٢- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

الشرح

أثر إبطال العقد وبطلانه :

١٠٩- أولاً : أثر إبطال العقد وبطلانه بالنسبة للمتعاقدين :

إذا اتفق الطرفان على إبطال العقد القابل للإبطال أو على بطلان الحكم الباطل ، أو صدر حكم بالإبطال أو البطلان .

فإن المتعاقدين يعودان إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرام العقد ، وكان العقد لم يبرم بالمرة .

وينبنى على ذلك أنه إذا كان العقد الذى تقرر بطلانه لم ينفذ بعد فلا يلتزم أى من المتعاقدين بشئ نحو الآخر .

وإذا كان العقد قد نفذ كله أو فى جزء منه وجب أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد . فيكون على كل منهما أن يرد إلى المتعاقد الآخر الأداء الذى قبضه .

فإذا كان العقد بيعا ، وكان للمبيع قد سلم إلى المشتري ، وجب على هذا الأخير رده إلى البائع ، كما يجب عليه رد كل ما اقتطعه

من أصله ، كما إذا اقتلع منه شجرة . ويجب عليه أيضا أن يرد جميع الثمار التي أخذها من المبيع ، ما لم يكن قد تملكها إعمالا لقاعدة أن حائز الشيء يملك ثماره التي يقبضها بحسن نية (المادة ٩٧٨ مدنى) ، وإذا كان البائع قد قبض الثمن فعليه رده إلى المشتري مضافا إليه فوائده . ما لم يكن الالتزام بالرد قد انقضى بالتقادم .

وإذا أصبح الرد مستحيلا حكم القاضى بتعويض معادل ، كما لو كان المبيع قد هلك فى يد المشتري بخطأ منه ، فإن القاضى يحكم للبائع بتعويض يعادل قيمة المبيع وقت الهلاك .

أما إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة ، ولم يكن المشتري سئ النية أى عالما بسبب البطلان عند تسلمه إياه ، وأثبت أن الشيء كان ليهلك أيضا عند البائع ، فإنه لايلزم بشئ .

وينطبق حكم استحالة الرد على عقد المدة كالإيجار ، إذ لرد فيه مستحيل، إذ الفرض أن المستأجر قد انتفع بالعين بالفعل ، ومن ثم وجب عليه أن يعرض المؤجر عن هذه المنفعة. ويُقدر هذا التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله التزام المؤجر^(١)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وإن كانت المادة ٢٢٨ من قانون التجارة قد اعتبرت الجزاء الذى يجوز توقعه فى حالة إبرام المظن عقودا بمقابل فى

(١) السنهاورى ص ٤٣٣ - عبد المنعم الصده ص ٢٩٥ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٨٨ .

فترة الريبة هو البطلان ، إلا أنه في حقيقة ليس بطلانا بالمعنى القانوني لأن البطلان يترتب عليه انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين بينما العقد الذى يقضى ببطلانه طبقا لتلك المادة يظل صحيحا ومنجبا لآثاره فيما بين عاقيه وإنما لا ينفذ فى حق جماعة الدائنين فالجزاء فى حقيقته هو عدم نفاذ التصرف فى حق هذه الجماعة ومن ثم فلا يجوز للمشتري من المفلس الذى يقضى ببطلان عقده طبقا للمادة المذكورة أن يستند فى مطالبة التفليسة برد الثمن الذى دفعه للمفلس إلى المادة ١٤٢ من القانون المبنى لأنها خاصة بالحالة التى يقضى فيها بإبطال العقد أو بطلانه بالنسبة للمتعاقدين " .

(طعن رقم ١٨٨ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠)

٢- " مقتضى أحكام الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ الذى أحال إلى الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ أن التصرف بالبيع الذى يبرمه الخاضعون للحراسة فى أموالهم بتاريخ لاحق على فرض الحراسة هو أمر محظور قانونا سواء على البائع أو المشتري، بل أنه يعتبر جريمة من كليهما ، وإذا كان وفاء المشتري بالثمن قد تم تنفيذا لعقد البيع فإن هذا الوفاء يكون قد تم بالمخالفة للقانون ولا يجوز له استرداد الثمن من أموال البائعين المفروضة عليها الحراسة بعد تقرير الحارس العام عدم الاعتداد بالعقد التطبيق لأحكام الأمر المشار إليه وبعد الحكم ببطلان ذلك العقد ، ذلك لأن

القضاء بإلزام الحارس برد الثمن من أموال البائعين المفروضة عليها الحراسة يعتبر تنفيذاً للترام على البائع نشأ في تاريخ لاحق لفرض الحراسة وهو ما انتهى عنه صراحة المادة السادسة من الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ وتحرمه المادة ٢٣، كما أنه يؤدي إلى إهدار الأساس التي تقوم عليه فكرة الحراسة وتقويت الغرض منها . ولا محل للاستناد إلى المادة ١٤٢ من القانون المدني في إلزام الحارس برد الثمن من أموال البائع المفروضة عليها الحراسة لوجود نصوص خاصة في الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ تمنع من رد الثمن من تلك الأموال وهي نصوص أمرة ومتعلقة بالنظام العام " .

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٣٤ ق. جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠)

٣- "دعوى صحة التوقيع هي دعوى تحفظية الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحيح صادر من يد صاحبه ، ويكفي لقبول الدعوى وفقاً لما تقضى به المادة الثالثة من قانون المرافعات أن يكون لرافعها مصلحة قائمة بقرها القانون . ولما كان الحكم في الدعوى -السابقة- برفض طلب الطاعن صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه لبطالته لاينفي أن للطاعن مصلحة في الحصول على حكم بصحة التوقيع على عقد البيع المشار إليه ذلك أن بطلان هذا العقد يترتب عليه طبقاً للمادة ١/١٤٢ من القانون المدني أن يعاد المتعاقدان إلى

الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فيسترد كل متعاقد ما أعطاه ، مما يكون معه للطاعن مصلحة في طلب إثبات صحة توقيع المطعون عليه على المحرر سالف الذكر . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر أنه لا مصلحة للطاعن في رفع دعواه بصحة التوقيع على عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه بعد أن حكم ببطلان هذا العقد ورتب على ذلك قضاءه بعدم قبول الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

! (طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩/١١/١٩٧٤)

٢- إذا كان الثابت من الحكم الابتدائي الذي أيدته الحكم المطعون فيه وأحال إليه ، أنه انتهى إلى القضاء بفسخ عقد البيع محل النزاع وإلزام الطاعنين من تركة مورثهم بأن يدفعوا للمطعون ضده ما قبضه من ثمن في هذا البيع وكان بطلان العقد لانعدام محله يترتب عليه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيسترد كل ما أعطاه وهو ما يستوى في هذا الأثر مع الأثر المترتب على الفسخ ، ومن ثم فإن النعي ببطلان العقد محل النزاع - أيا كان وجه الرأي فيه - يكون غير منتج وبالتالي غير مقبول " .

(طعن رقم ٧٥٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٤/٣/١٩٩١) (١)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

وكما يكون البطلان حجة على المتعاقدين ، فبته يكون حجة على دائنهما : لأن المدين يعتبر ممثلاً لدائنه في الخصومات التي يكون هذا المدين طرفاً فيها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تقضى المادة ١/١٤٢ من القانون المدني بأن العقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه اعتبر كأن لم يكن وزال كل أثر له فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، وإذا كان الحكم بإبطال العقد الصادر من المدين يكون حجة على دائنه لأن المدين يعتبر ممثلاً لدائنه في الخصومات التي يكون هذا المدين طرفاً فيها ، لما كان ذلك وكان الثابت أنه حكم بإبطال بيع المنشأة الصادر إلى الطاعن - المتنازل إليه - للتدليس ، فإن هذا الحكم يستتبع إلغاء الآثار المترتبة على هذا العقد من وقت انعقاده ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة لمصلحة الضرائب للدائنة بالضريبة . وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وجرى في قضائه على أن حكم إبطال البيع لا يحتج به على مصلحة الضرائب لأنه لم يصدر في مواجهتها ورتب على

" ترتيب الأثر الرجعي لبطلان عقد البيع وإن كان يقتضى اعتبار ملكية المبيع لم تنتقل من البائع إلى المشتري بسبب العقد ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكسب هذا المشتري أو الغير تلك الملكية بسبب آخر من أسباب كسب الملكية إذا تحققت شرائطه للقانونية ."

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

ذلك مسئولية الطاعن عن الضرائب المستحقة على المنشأة بالتضامن مع المتنازل ، فإنه يكون قد خالف القانون " .
(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢٧)

١١٠- أساس الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد :

لأصعوبة في تحديد الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد ، إذا كان الشيء الذي تسلمه المتعاقد بمقتضى العقد الباطل باقيا بذاته لم يهلك أو يتلف . إذ أن ذلك الأساس يتمثل في تسلم غير المستحق أو دفع غير المستحق طبقا للتعبير الذي استعمله المشرع فنتيجة الأثر الرجعى لبطلان العقد أو إبطاله ، يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه إياه المتعاقد الآخر من غير أن يكون له حق فيه . ومن ثم يلتزم برده إليه . وهذا هو عين ما قضت به المادة ١٨٢ بقولها : " يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذه للالتزام لم يتحقق سببه أو للالتزام زال سببه بعد أن تحقق " .

غير أن الرأى انقسم في الحالة التي يتعذر فيها على العاقد أن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد ، ويلتزم بالتالى أن يؤدي إلى العاقد الآخر ، ما أسمته المادة ١/١٤٢ مدنى " التعويض المعادل " ، كما إذا كان الشيء قد هلك أو تلف .

فذهب رأى إلى أن أساس الالتزام فى هذه الحالة هو قواعد المسؤولية التقصيرية وليس طبقا لقواعد المسؤولية العقدية ، لأن العقد لا وجود له ^(١).

(١) سميير نتاغو ص ١٠٠ - وعكس ذلك :

١- رأى يذهب إلى أن أساس الرد هو دفع غير المستحق . ومقتضى هذا رأى أن تنطبق فى هذا الشأن القواعد المقررة فى دفع غير المستحق (م ١٨١ مدنى ومابعداها) . فإذا ملك المبيع مثلا فى يد المشتري بسبب لا يد له فيه وكان حسن النية ، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يسأل إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبيع أن يسترد المبيع التالف فى هذه الصورة التى آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضا عن التلف . أما إذا كان المشتري سئ النية ، أى يعلم أنه تسلم شيئا غير مستحق له ، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يعفيه من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان فى يد البائع (السنهورى ص ٤٣٣ هامش (١٢) - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٩٢) .

٢- رأى ثان يذهب إلى أن القواعد المقررة فى خصوص دفع غير المستحق تتجافى مع منطق البطلان ، وأن الالتزام بالرد يجب أن ينفذ كما لو كان ناشئا عن عقد ، وذلك نظرا إلى قام من علاقة بين الطرفين ومقتضى هذا أن كلا من الطرفين لا يستطيع أن يطالب الآخر برد ما أخذه إلا بقدر ما يرد هو أيضا ما أخذه . فإذا استحال على أحدهما أن يرد ما أخذه فلا يستطيع أن يطالب الآخر بالرد (عبد المنعم الصده ص ٢٩٦) .

وهو الرأى الذى أخذت به محكمة النقض فقد قضت بأن :

" أساس الحكم بالتعويض المعادل - فى حالة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبله - إنما هو المسؤولية التقصيرية ."

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٤)

١١١ أثر البطلان بالنسبة إلى ناقص الأهلية :

بعد أن نصت للفقرة الأولى من المادة ١٤٢ مدنى على أنه فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل . أوردت فى فقرتها الثانية استثناء على هذه القاعدة بالنسبة لإبطال العقد لنقص الأهلية فقضت بأنه لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد إليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

وبذلك يكون المشرع قد استثنى ناقص الأهلية حماية له من قاعدة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها وقت العقد فلم يلزمه برد ما حصل عليه بموجب العقد الباطل إلا فى حدود ما عاد عليه من منفعة مادية كانت أو معنوية .

فإذا باع القاصر مثلاً ماله وقبض ثمنه ، ثم أنفق جزءاً من هذا الثمن فى ملذاته القائمة على النزق والطيش أو لعب القمار ، وأنفق

الجزء الآخر فيما عاد عليه بالنفع ، كما إذا اشترى مالا مفيدا من غير أن يغبن فى ثمنه ، أو دفعه فى أغراض تعليمه بدون إسراف أو فى سداد ديونه ، فإنه يكون ملزما بأن يرد إلى المشتري القدر من الثمن الذى عاد عليه بالنفع فعلا ، أما الذى أنفقه فى طيشه وملاذاته أو فى القمار ، فلا يلتزم برده ، إذ القانون يعتبره لم ينتفع به ^(١).

وهذا الاستثناء المقرر لناقص الأهلية ليس إلا تطبيقا لأصل عام قرره القانون فى دعوى غير المستحق فى المادة ١٨٦ مدنى إذ تقول " إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به " .

وتحديد الالتزام بالرد بالمنفعة المعتبرة قانونا مقصور على من لا تتوافر الأهلية فيه ، فلا يفيد من هذه الميزة المتعاقدين الآخر إذا كان مكتمل الأهلية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المدنى على أن ناقص الأهلية لا يلزم - إذا أبطل العقد لنقص أهليته - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، بما يعنى أن الرد فى هذه

(١) جلال العلوى ص ٢٠٣ وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٩٢ وما بعدها .

الحالة لا يكون واجبا إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها إنه إذا لم تتوفر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به ، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المشتري ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته .

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥)

وإذا كان ظاهر نص المادة ٢/١٤٢ يجعل الاسترداد فى حدود المنفعة مقصورا على حالة نقص الأهلية ، وهو القاصر ثم السفه ونحو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما . إلا أن هذا الحكم يسرى أيضا على عديمى الأهلية وهم الصبى غير المميز ثم المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، ذلك لأن الحكم السابق - كما ذكرنا سلفا - مجرد تطبيق لقاعدة أعم وأشمل أوردتها المادة ١٨٦ مدنى .

١١٢- إثبات إثراء ناقص الأهلية مما تسلمه :

عبء إثبات أن ناقص الأهلية قد أثرى مما تسلمه بمقتضى العقد ، ومقدار هذا الإثراء ، يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى إثارته يقع على للدافع الذى يطلب رد ما دفع ، فإن عجز عن الإثبات كان ذلك موجبا فى ذاته لرفض طلبه ."

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ قى جلسة ١٥/٣/١٩٧٩)

١١٢- حالة البطلان لعدم المشروعية :

القاعدة التى قدمناها لتطبيق على العقد الباطل أيا كان سبب البطلان . فإذا كان العقد باطلا لعدم مشروعية المحل أو السبب فإن كلا من الطرفين يلتزم برد ما أخذه إلى الطرف الآخر . غير أن هذا الحل لم يستقر إلا فى ظل القانون الحالى .

وتفصيل ذلك أن قاعدة رومانية قديمة كانت تأبى على الطرف الملوث أن يؤسس دعواه على غش صدر من جانبه . فإذا كان العقد باطلا لمخالفة المحل أو السبب النظام العام أو الآداب فإن من سلم شيئا لا يستطيع أن يسترده إلا إذا كان غير ملوث ، بأن كان عدم المشروعية غير آت من ناحية ، كمن يعطى لآخر ما لا لى يرد له ما سرقه أو لى يمتنع عن ارتكاب جريمة . أما إذا كان ملوثا كما هو الحال فى الرشوة ، والاتصال الجنىسى غير المشروع والمقامرة ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما أداه .

وقد أخذت بعض القوانين الحديثة بهذه القاعدة ، كالقانون الألماني (م ٨١٧) والقانون السويسرى (م ٦٦) . ولم يرد نص فى شأنها فى القانون الفرنسى ، ومع ذلك أخذ بها الفقه والقضاء مدة طويلة . ثم أصبح الفقه ينتقدها وصار القضاء يحد من تطبيقها حيث قصرها على العقود المخالفة للأداب . ولم يرد نص عنها فى القانون القديم ، ومع ذلك كان القضاء المصرى يأخذ بها ^(١).

وقد تضمن المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد نصا يأخذ بهذه القاعدة فى حالة البطلان لمخالفة الآداب ، هو الفقرة الثالثة من المادة (٣٠٢) التى تقابل المادة (١٤٢) مدنى ، إذ تقول إنه : "لايجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب " .

وقد استقى هذا النص من القضاء الفرنسى والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٧/٢) ولكنه حنف لأنه لا يتمشى مع منطق البطلان . ومن هذا يتضح أن نية الشارع فى القانون الحالى هى عدم الأخذ بالقاعدة الرومانية ^(٢).

(١) السنهورى ص ٤٣٤ ومابعدا - عبد المنعم الصده ص ٢٩٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التوضيحية للجزء الثانى ص ٢٥٤ ومابعدا .

فالقاعدة إذن في القانون الحالي أن العقد الباطل لعدم المشروعية حكمه حكم العقد الباطل لأي سبب آخر ، فيلتزم فيه كل من الطرفين برد ما أخذه طبقاً للقاعدة العامة التي ذكرناها .

ويعتبر هذا حكماً مستحدثاً ، فلا ينطبق إلا على العقود التي تبرم في ظل القانون الحالي ، أي منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . أما العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم فلا يجوز للطرف الملوث فيها أن يسترد ما أراده طبقاً لما كان سائداً حينذاك^(١) .

١١٤- تسجيل العقد الباطل لا يصححه :

إذا ورد عقد البيع الباطل على عقار وسجل هذا العقد ، فإن ليس من شأن التسجيل تصحيح العقد ، بل يظل باطلاً كما هو .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى أن التصرف الصادر من المورث إلى بعض الطاعنين لم يكن منجزاً أو أنه يخفى وصية للأسباب السائغة التي أوردتها ومنها الحكم الصادر في الدعوى رقم ٨١ لسنة ١١ ق المنصورة والذي قضى باعتبار العقد الصادر من المورث إلى فريق من الطاعنين هو في حقيقته وصية فإنه لا يكون لتسجيل العقد حال حياة

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٩٨ .

البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية لأن التسجيل لا يصح عقدا باطلا ولا يحول دون الطعن فيه بأنه يخفى وصية".

(طعن رقم ٢٨٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٧٧)

١١٥- ثانيا : آثار البطلان بالنسبة إلى الغير :

(أ) القاعدة العامة :

القاعدة العامة أن أثر بطلان العقد لا يقتصر على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، بل يجاوزهما إلى الغير ممن يكون قد تلقى من العاقد حقا . فهذا الغير يتأثر بانعدام العقد ، تأسيسا على قاعدة مؤداها أنه متى زال حق المتصرف زال حق المتلقى ، وعلى قاعدة أخرى تقرر بأنه لا يجوز للشخص أن يدلى إلى غيره بأكثر مما يملك ، أو فاقد الشيء لا يعطيه ^(١) . فإذا كان أحد الطرفين فى العقد الباطل قد تصرف فى حقه إلى الغير ، فإن حق الغير يزول بالبطلان . فلو أن شخصا اشترى عينا بعقد باطل أو قابل للإبطال ، ثم باعها ، وبعد ذلك تقرر بطلان العقد ، فإن البائع فى العقد الباطل يسترد العين من المشتري الثانى . وإذا كان هذا الشخص قد رتب على العين رهنا أو حقا عينيا آخر فإن البائع يسترد العين خالية من الرهن أو أى حق آخر .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٥٠ .

(ب) - استثناءون من القاعدة العامة :

استثنى لشارع من القاعدة العامة سائلة الذكر حالتين :

(الأولى) إذا كسب الغير بحسن نية حقا عينيا عقاريا على الشئ

الذى ورد عليه العقد الباطل ، وذلك قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها فى هامش تسجيل العقد الباطل .

وهذا ما تقضى به المادتان ١٥ ، ١٧ من قانون تنظيم الشهر

العقارى ، فقد نصت المادة (١٥) على أنه :

" يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما

يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى

التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا ، كدعاوى

البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأسمى

لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى " . ونصت المادة ١٧ على أنه :

" يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو

التأشير بها أن حق للمدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون

يكون حجة على من ترتبت له حقوق عينية ابتداء من تاريخ تلك

الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى

كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما " .

ويبين من هذين النصين أنه إذا كسب الغير حقا عينيا عقاريا

بعد تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها فإن حقه يزول نتيجة

للبطلان ، سواء كان هذا الغير حسن النية أو سئ النية . أما إذا

كان قد كسب حقه قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها فإن هذا الحق يزول إذا كان سئ النية ويبقى إذا كان حسن النية . فمن تصرف في عقار بمقتضى عقد باطل أو قابل للإبطال لا يستطيع أن يسترد العقار خاليا من الحقوق العينية الذى تترتب عليه لشخص من الغير يكون حسن النية إلا إذا كان قد سجل دعوى البطلان أو أشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل قبل أن يكسب هذا الغير حقه . فإذا كان هذا الغير قد كسب حقا عينيا على العقار ، كملكية أو رهن أو أى حق عيني عقارى آخر ، وسبق إلى شهر هذا الحق قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها ، فإن حقه يبقى بالرغم من بطلان عقد من تصرف له . فإذا كان هذا الغير مشتريا خلصت له الملكية ، وإذا كان دائنا مرتهنا عاد العقار إلى البائع محملا بالرهن^(١).

وقد تضمن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى نصا فى هذا المعنى، هو الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ التى تقول : " على أن يبطال العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تنجيل الإعلان بالبطلان " ، ثم حذفت هذه الفقرة لأن الحكم الوارد فيها جاء فى مكان آخر^(٢).

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٩٩ - محمود جمال الدين زكى ص ١١٣ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٥ ومابعدها .

كما حرص الشارع فى التقنين المبنى على أن يذكر حكم هذا الاستثناء بالنسبة للدائن المرتهن رهنا رسميا إذا كان حسن النية ، فلم يكتف بما ورد فى قانون تنظيم الشهر العقارى على النحو الذى ذكرناه ، بل أورد فى شأنه نصا خاصا ، هو المادة (١٠٣٤) مبنى التى تقول إنه " يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن " (١).

(الحالة الثانية) إذا كسب الغير حقا يتعلق بالشئ الذى ورد عليه العقد الباطل ، وذلك بمقتضى عقد من عقود الإدارة كما إذا أجر مشترى الأرض إلى مستأجر حسن النية فإن إجارته تبقى رغم البطلان متى كانت لا تتجاوز مدتها ثلاث سنوات (٢).

إنما يشترط فى عقد الإدارة كى يبقى بالرغم من البطلان ألا يكون مشوبا بغش من جانب من صدر منه ، وأن يكون ثابت التاريخ قبل دعوى البطلان . فلو أن المشتري فى المثل المذكور شعر بأن الطرف الآخر سيطلب الإبطال فبادر إلى تأجير العقار وكانت الإجارة تجافى المألوف بالنسبة إلى العين ، سواء من ناحية

(١) السهنورى ٤٣٧ - عبد المنعم للصدء ص ٣٠٠ .

(٢) أحمد حشمت أبو سئيت ص ٢٥١ - محمود جمال الدين زكى ص ١١٥ .

الأجرة أو المدة أو غير ذلك ، فإنها تكون مشوبة بغش فتزول بالبطلان^(١).

١١٦- الآثار التي يترتبها العقد الباطل :

العقد الباطل - كما قلنا - عدم ومن ثم لا يترتب أثرا ما ، وكان منطوق هذا القول يقتضى أن تكون تلك النتيجة مطلقة ، إلا أن القانون خرج على هذه القاعدة ورتب على العقد الباطل من الرغم من بطلانه بعض الآثار التي تترتب على العقد لو كان صحيحا. وهذا القول وإن بدا غريبا فإن غرابته تزول متى عرفنا أن بعض هذه الآثار ، وهى الآثار العرضية ، إنما تتولد عن العقد الباطل باعتباره واقعة مادية ، وأن بعضها الآخر ، وهى الآثار الجوهرية أو الأصلية وإن تولد من العقد باعتباره عقدا فليس ذلك على تقدير أن العاقدین قد قصدا إلى توليد تلك الآثار ، وإنما لأن القانون اعتبر العقد الباطل قائما حكما رغبة منه فى حماية حسن النية واستقرار المعاملات .

ونتناول فيما يلى هذه الآثار .

١١٧- أولاً : الآثار العرضية :

هذه الآثار العرضية تترتب على العقد الباطل ، لا بوصفه عقداً ، بل باعتباره واقعة مادية ، فهذه آثار عرضية ، بمعنى أنها ليست

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٠٠ ومابعدھا .

الآثار الأصلية التي قصد إليها المتعاقدان والتي تترتب على العقد ولو كان صحيحا .

من ذلك الزواج غير الصحيح . فعقد الزواج غير الصحيح ، كالزواج بين المحارم أو بغير شهود فهو لا يفتج آثاره الأصلية بحسب الشريعة الإسلامية (كحل التمتع ووجوب النفقة والميراث) لكنه مع ذلك ينتج آثارا عرضية ، كوجوب المهر بعد الدخول والعدة فى بعض الأحوال وثبوت النسب ، وهذه الآثار لم تترتب على الزواج باعتباره عقدا ولكنها تترتب عليه باعتباره واقعة مادية ، هي واقعة اتصال رجل وامرأة كما لو كانا زوجين ، فيجب المهر كتعويض للمرأة عن الدخول ، كما تجب العدة على أثر ذلك الاتصال وثبوت النسب حفظا للولد من الضياع .

ومن ذلك أيضا أن إبرام العقد الباطل قد يعتبر فى ذاته عملا غير مشروع ، فإذا تترتب على هذا العمل ضرر لحق الطرف الذى لم يأت البطلان من جانبه وجب له التعويض . ومن ذلك ما يحدث عند إبطال العقد لتكليس أو إكراه مثلا إذ يجب التعويض رغم إبطال العقد . ويكون التعويض فى هذه الحالة أثرا عرضيا تترتب على العقد باعتباره واقعة مادية ، ومن ثم تكون المسؤولية تقصيرية . وهناك نظرية تعتبر هذه المسؤولية عقدية ^(١) ، وهي نظرية الخطأ

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٠٤ ومابعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٦٣ ومابعدها .

عند تكوين العقد ، وهي نظرية ألمانية وضعها الفقيه الألماني المعروف إيرنج^(١).

ومن ذلك أن العقد الباطل قد يشتمل على العناصر المكونة لعقد آخر فيكون هذا العقد الآخر أثرا عرضيا للعقد الباطل بوصفه واقعة مادية . وحينئذ ، يتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح . وهذه هي نظرية تحول العقد .

(أنظر شرح المادة ١٤٤) .

(١) ولم يأخذ القانون المدني القديم بهذه النظرية، وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصا يقرر هذه النظرية (م ٢٠٤) ولكن حذف هذا النص " لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها " مجموعة الأعمال التوضيحية جـ ٢ ص ٢٦٢ ومابعدها) - وإذا كانت المادة ٤٦٨ مدني الولادة في بيع ملك الغير تنص على أنه : " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية " ، فذلك لأن المشرع اعتبر بيع الشخص لشيء غير مملوك له خطأ تقصيرا يوجب التعويض ولو كان هذا الشخص حسن النية . ولا بدح في هذا ما قلناه المذكورة الإيضاحية من أن هذا النص يعتبر تطبيقا تشريعا لنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، إذ كان الباعث على القول هو وجود نص المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدي الذي حذف فيما بعد (عبد المنعم الصنده

١١٨- ثانيا : الآثار الأصلية :

من الآثار الأصلية التى تترتب على العقد الباطل ما يأتى :

١- الشركة التجارية التى تكون باطلة لعدم استيفاء الإجراءات التى يفرضها القانون (م ٤٦-٥٢ من قانون التجارة القديم) ، وهى التى يقال لها الشركة الواقعية .

فإذا قضى ببطلانها فإن حقوق الشركاء فيما يتعلق بالمعاملات التى تمت قبل طلب البطلان يسوى أمرها طبقا لعقد الشركة الذى حكم ببطلانه . ومعنى هذا أن عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية فى المدة السابقة على الحكم بالبطلان سواء فيما بين الشركاء أو فى تعامل الشركة مع الغير^(١) .

٢- للعقد الصورى ضرورة مطلقة ، فرغم أنه عقد لا وجود له فيما بين المتعاقدين (م ٢٤٥ مدنى) فإنه يعتبر قائما بالنسبة إلى الغير حسنى النية ، وهو يشمل دائنى المتعاقدين والخلف الخاص، إذ يكون لهؤلاء متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا به (م ١/٢٤٤ مدنى) . ومعنى هذا أن العقد ينتج آثاره الأصلية بالنسبة إليهم .

٣- تطبيقات المبدأ الذى يقول إن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون. وهذا خطأ يقوم فى أذهان الناس بالنسبة إلى مظهر يتوفر

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٢٥٣- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٦٩ ومابعدا .

لديهم ويعتقدون فى صحته على خلاف الحقيقة فيطمنون إليه ويتعاملون على أساسه . ويتحقق ذلك حينما يظهر شخص يتخذ لنفسه صفة معينة على خلاف الحقيقة ويحسبه الناس كذلك ، كالوارث الظاهر والدائن الظاهر والوكيل الظاهر^(١).

وقد أرسى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ " هيئة عامة" بجلسة ١٩٨٦/٢/١٦ مبدأ علما للوضع الظاهر يسرى ولو لم يرد نص بشأنه فى حالة معينة . إذ جرى قضاؤها على أن : " المقرر فى قضاء هذه المحكمة - على النحو السالف بيانه - نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ، فى مواجهة صاحب الحق ، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا - فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين آنف الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٢٥٦ .

القانون وشابه القصور في التسيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب،
دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن " (١).

٤- يضاف إلى ما تقدم ما ملف ذكره أن الغير الذى كسب
بحسن نية حقا عينيا عقاريا على الشئ الذى ورد عليه العقد الباطل،
وقام بشهر هذا الحق قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها ،
يبقى حقه بالرغم من بطلان عقد من تصرف إليه .
ومما تقدم ذكره من أن أعمال الإدارة التى يقوم بها أحد الطرفين
فى العقد الباطل بالنسبة إلى الشئ الذى حصل عليه بموجب هذا
العقد تبقى بالرغم من البطلان .

(١) وقد سارت بوقت محكمة النقض على هذا المبدأ راجع هذه الأحكام
وتفاصيل أخرى فى المجلد السابع (عقد الهبة - عقد الصلح - عقد
الوكالة- بند ٣٦١ وما بعدها .

مادة (١٤٣)

إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله .

الشرح

١١٩- انتقاص العقد :

إذا كان العقد الباطل أو القابل للإبطال مكونا من عدة أجزاء أو من عدة شروط ، وكان بعض هذه الأجزاء أو الشروط صحيحا والبعض الآخر باطلا . فإن النص يأخذ بتجزئة العقد بشروط معينة ، فيقتصر البطلان على الجزء الذى تعيب أما الجزء أو الأجزاء الأخرى فتظل صحيحة باعتبارها عقدا مستقلا .

ويقوم هذا الحكم فى جوهره على تفسير لإرادة المتعاقدين ، بحيث أنه لو تبين أن تجزئة العقد على هذا النحو تتعارض مع ما قصدت إليه هذه الإرادة فإنه لا يصح انتقاص العقد . بمعنى أنه إذا كان الشرط أو الجزء الباطل هو للبائع الدافع للتعاقد فإن العقد يبطل فى مجموعة . ويكون ذلك إذا ثبت أن الإرادة ما كانت لتتصرف إلى العقد بغير هذا الجزء أو الشرط الذى وقع باطلا .

ومثل ذلك ما يأتى :

١- أن يهب رجل امرأته ماله ، ويشترط عليها ألا تتزوج من بعده إذا مات مدفوعا في ذلك بمحض الغيرة . فإذا أمكن هنا تجزئه العقد إلى شقين ، يقوم أولهما على التبرع بالمال ، ويقوم ثانيهما على التزام الزوجة بعدم للتزوج ثانية إذا ترملت ، صح الشق الأول ، لعدم وجود ما يعيب العقد بالنسبة إليه . وبطل الشق الثاني لمخالفة ما جاء فيه للنظام العام ، بسبب تقييده لحرية الزوجة من غير مسوغ يجيزه القانون . أما إذا أثبت الزوج أو خلفاؤه من بعده أن العقد كله ما كان ليتم من غير الشق الآخر بأن كان هذا الشق هو الباعث الدافع الذي حث الواهب على إجرائه ، بطل كله ، حيث يكون العقد هنا قد قام على سبب غير مشروع .

٢- أن يشتري شخص بئمن إجمالى واحد عددا من الساعات ، معتقدا أنها من الذهب الخالص ، ثم يتضح له أنه قد وقع فى غلط جوهري بالنسبة إلى بعض ما اشتراه لكونه من للنحاس ، فإن أمكن تجزئة العقد إلى شقين يشمل أولهما بيع الساعات التى لم يقع المشتري فى الغلط بالنسبة إليها ، ويشمل ثانيهما بيع تلك التى داخل المشتري الغلط فيها ، انتقص العقد إلى الشق الأول وحده الذى يظل صحيحا ، واقتصر البطلان على الشق الثانى ، وذلك ما لم يثبت المشتري أنه ما كان ليبرم الصفقة من غير الساعات التى انصب غلطه عليها^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٤٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ من التقنيات الجرمانية ، وقد بينها التقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري والتقنين البولوني بوجه خاص (أنظر أيضا المادتين ٣٠٨/٣٢٧ من التقنين التونسي والمراكشي) ؛ وهي تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبي على شق منه . فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع ، أو أن بيعا ورد على عدة أشياء وقع العاقد في غلط جوهرى بشأن شئ منها ، ففي كلتا الحالتين لا يعيب البطلان المطلق أو النسبي من العقد إلا الشق الذى قام به سببه . وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلانا مطلقا ، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشئ الذى وقع الغلط فيه بطلانا نسبيا . وبطل ما بقى من العقد صحيحا ، باعتباره عقدا مستقلا ، ما لم يرق من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذى يبطل بطلانا مطلقا أو نسبيا لا ينفصل عن جملة التعاقد (قارن المادة ١٢٩ من التقنين الألماني) والمادتين ٣٠٨/٣٢٧ من التقنينين للتونسي والمراكشي . وهي تلقى عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقى من أجزاء العقد " .

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٦٠.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا يكفي لإبطال العقد في شق منه بالتطبيق للمادة ١٤٣ من القانون المدني مع بقاءه قائما في باقى أجزائه ، أن يكون المحل مما يقبل الانقسام بطبيعته بل يجب أيضا ألا يكون هذا الانتقاص متعارضا مع قصد المتعاقدين بحيث إذا تبين أن أيا من العاقدين ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب فإن البطلان أو الإبطال لابد أن يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده " .

(طعن رقم ٤٠٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٦/٥/١٩٦٨)

٢- " يشترط لإبطال العقد في شق منه بالتطبيق للمادة ١٤٣ من القانون المدني مع بقاءه قائما في باقى أجزائه ألا يتعارض هذا الانتقاص مع قصد العاقدين بحيث إذا تبين أن أيا منهما ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب ، فإن البطلان أو الإبطال لابد أن يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق جلسة ٢١/٤/١٩٧٣)

٣- " جرى قضاء محكمة النقض على أن المادة ١٤٣ من القانون المدني تنص على أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " ومفاد ذلك أنه ما لم يقر من يدعى البطلان الدليل على أن

الشق الباطل أو القابل للإبطال لاينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقى من العقد صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده .

(طعن رقم ٦٦٧٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٦)

٤- " قضاء الحكم المطعون فيه بإبطال عقد البيع الابتدائي بالنسبة لمساحة من إجمالى الأطنان المباعة . بطلان هذا الشق . أثره . لا يترتب عليه بطلان العقد كله مادام الطاعن لم يقدم الدليل على أن هذا الشق لاينفصل عن جملة التعاقد . لازمه . بقاء العقد صحيحا فى باقى بنوده ومنها الشرط الجزائى . أعمال الحكم المطعون فيه هذا الشرط صحيح .

(طعن رقم ٦٦٧٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٦)

(أنظر أيضا الأحكام المنشورة بالبند التالى) .

١٢٠- عبء الإثبات :

المتعاقد الذى يدعى بطلان العقد يقع على عاتقه إثبات أن الشق الباطل أو القابل للإبطال غير منفصل عن جملة التعاقد^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلانا مطلقا ، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشئ الذى وقع الغلط فيه بطلانا نسبيا .

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٠٤ .

ويظل ما بقى من العقد صحيحا ، باعتباره عقدا مستقلا ، ما لم يقيم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذى بطل بطلانا مطلقا أو نسبيا لا ينفصل عن جملة التعاقد " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ١٤٣ من القانون المدنى على أنه " إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان يتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " ومفاد ذلك أنه إذا لم يقيم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقى من العقد صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة اقتصرت فى تمسكها ببطلان عقد الوكالة على مجرد اشتماله على شرط تقدير أجرة الوكالة بنسبة من صافى التركة بعد التصفية على خلاف ما نقضى به المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ المنطبق على الواقعة وعلى شرط جزائى يلزمها بأن تدفع للوكيل مبلغ ... إذا عزلته فى وقت مناسب فإن بطلان هذين الشرطين أو إحداهما لا يترتب عليه بطلان العقد كله مادامت هى نفسها لم تقوم

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٨٢ .

الدليل على أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة التعاقد ويضحى
نعيها ببطلان العقد - في غير محله " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١)

٢- " مفاد نص المادة ١٤٣ مدنى أنه إذا لم يقدم من يدعى
البطالان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل
عن جملة التعاقد يظل ما بقى من العقد صحيحا باعتباره عقدا
مستقلا ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده " .

(طعن رقم ١٥٧٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢)

١٢١- حالات إنقاص العقد الباطل واردة بالقانون :

من أمثلة حالات إنقاص العقد الباطل الواردة بالقانون ما يأتي :

- ١- إذا اتفق المتعاقدان فى عقد القرض على فوائد تزيد على
سبعة فى المائة وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة (م ٢٢٧ مدنى) .
- ٢- إذا اتفق على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات
أنقصت المدة إلى خمس سنوات (م ١/٨٤٦ مدنى) .
- ٣- إذا اتفق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة تزيد على خمس
عشرة سنة أنقصت المدة إلى خمس عشرة سنة (١/٨٥٢ مدنى) .
- ٤- إذا عقد الحكر لمدة تزيد على ستين سنة اعتبر معقودا لمدة
ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) .

٥- إذا اتفق في عقد إيجار الأماكن على أجرة تزيد على الحد
الجائز بمقتضى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (المعدل بالقانون رقم
١٣٦ لسنة ١٩٨١) والقوانين السابقة عليه وجب إنقاص الأجرة إلى
هذا الحد .

مادة (١٤٤)

إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

الشرح

تحول العقد :

١٢٢- المقصود بنظرية تحول العقد :

تقوم نظرية تحول العقد على أنه إذا اشتمل التصرف الباطل أو القابل للإبطال على عناصر عقد آخر ، فإن العقد الآخر يؤخذ به ، أى أن العقد الباطل أو القابل للإبطال يتحول إلى هذا العقد الصحيح وذلك إذا أمكن افتراض أن المتعاقدين كانا يريدان هذا العقد الآخر لو أنهما علمتا ببطلان العقد الأول . أو بقابليته للإبطال ^(١).

ومن الأمثلة على ذلك :

- ١- أن يكون هناك عقد بيع مدون فى ورقة رسمية ويكون الثمن فيه نافها إلى الحد الذى يجعل البيع باطلاً لتخلف ركن الثمن ، ففي هذه الحالة يتحول البيع إلى هبة صحيحة لتوافر عناصرها .
- ٢- أن تقع قسمة بين شركاء أحدهم ناقص الأهلية فتكون قابلة للإبطال بسبب نقص الأهلية ، ولكنها تتحول إلى قسمة مهايأة إذا

(١) عبد المنعم لصدده ص ٣١١ .

كان ناقص الأهلية قد أذن له فى الإدارة لأن هذا النوع من القسمة تكفى فيه أهلية الإدارة .

٣- أن يكون هناك عقد باطل فى شئ أوصى به قبل العقد، فيتحول هذا التصرف إلى عدول صحيح عن الوصية ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إستقيت أحكام المادة ٢٠٣ من التقنين الألمانى أيضا . بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانقاص التى تقدمت الإشارة إليها . فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين ، بل الواقع أن لقاضى يحل نفسه محطهما ، ويبدل لهما من

(١) عبد المنعم الصده ص ٣١٢- ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية قال بها الفقهاء الألمان فى القرن الماضى ، فأخذ بها القانون الألمانى فى المادة ١٤٠ ومن هذا النص إستقى الشارع المصرى حكم المادة ١٤٤ مدنى حيث قرر النظرية كمبدأ عام .

ولم يرد فى التقنين القديم نص يقرر هذه النظرية كمبدأ عام على نحو ما جاء بالتقنين الحالى . لكن لها تطبيقات فيما يتعلق بالأوراق التجارية . فالكمبيالة التى لم تستوف البيانات الواجبة تكون باطلة . ولكنها تتحول إلى سند إثنى إذا استوفت شروطه ، وإذا لم تستوف هذه الشروط تحولت إلى سند عادى إذا توفّر لها شرط هذا السند وهو التوقيع (المواد ١٠٥-١٠٨ من قانون التجارة الملقى) . وتظهر الكمبيالة لنقل ملكيتها إذا وقع باطلا لنقص بياناته فإنه يتحول إلى تظهير توكيلى بقبض قيمة الكمبيالة .

(المواد ١٣٣ - ١٣٥ من قانون التجارة القديم) .

عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما . ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصيل باطلا أو قابلا للإبطال . فإذا كان صحيحا فلا يملك القاضى بوجه من الوجوه أن يحل محله عقدا آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فضل لهما أمره ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذى يقيمه القاضى قد توافرت جميعا فى العقد الأصيل ، الذى قام به سبب من أسباب البطلان . فلا يملك القاضى ، على أى تقدير أن يلمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل . ويشترط أخيرا أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد ، لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضى فى نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية . فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التعاقد إلا أنه يسترشد فى ذلك بإرادتهما بالذات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضى ، على نحو يتيح تقريب الشق ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية . ولعل اعتبار الكمبيالة التى لا تستوفى ما ينبغى لها من الشروط الشكلية سندا إنزيا ، أو مجرد تعاقد مدنى ، من أبرز التطبيقات العملية التى يمكن أن تساق فى صدد فكرة التحويل ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٢ ص ٢٦٣ وما بعدها .

١٢٣- شروط تحول العقد :

لكي يقع تحول في العقد يجب توافر شروط ثلاثة هي :

- ١- أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال .
- ٢- أن يتضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال عناصر عقد آخر صحيح.
- ٣- أن تتصرف إرادة الطرفين إلى هذا العقد الآخر .

ونعرض لهذه الشروط تفصيلا فيما يلي :

الشرط الأول :

أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال :

فإذا كان العقد الأصلي صحيحا فلا يتحول العقد إلى عقد آخر ، ولو كان الطرفان يؤثرانه على العقد الأول ، حتى لو تضمن العقد الصحيح عناصر هذا العقد الآخر . فالهبة الصحيحة لا يمكن أن تتحول إلى وصية ، إذ لا يتحول إلا العقد الباطل ^(١).

كما يجب أن يكون العقد الأصلي باطلا بأكمله . فإذا كان جزء منه هو الباطل وكان العقد يقبل الانقسام فلا تحول بل انتقاص إذ يزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصالح . وقد نصت على هذا الانتقاص المادة ١٤٣ مدني - كما ذكرنا - بقولها " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " . وعلى ذلك إذا كان ثمة غلط

(١) جلال العلوي ص ٢٠٦ - سمير تتاغو ص ٩٥ .

بالنسبة لشئ من جملة أشياء ورد عليها التعاقد ، أو كان التصرف
هبة مقترنة بشرط غير مشروع ، ففي مثل هذين الفرضين لا يعيب
البطلان إلا الشق الذى قام به سببه ويظل الجزء الباقي باعتباره
عقدا صحيحا ، ما لم يثبت من يدعى البطلان أن الشق الباطل
لا ينفصل عن جملة التعاقد أو أن الشرط غير المشروع هو الحافز
إلى التعاقد ، فعندئذ ينهار العقد كله . ويدخل فى نطاق قاعدة
انتقاص العقد ما يجب أن يقف من التصرفات عند رقم معين . فإذا
كان البقاء فى حالة الشروع لمدة تزيد على خمس سنوات أنقصت
المدة إلى خمس (م ٨٣٤ جديد) ، أو عقد قرض بفائدة تزيد على ٧%
فتنقص إلى ٧% (م ٢٢٧ جديد)^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط لتطبيق نظريتي الانتقاص والتحول المنصوص عليهما
فى المادتين ١٤٣ و ١٤٤ من القانون المدنى أن يكون العقد فى
شق منه أو كله باطلا أو قابلا للإبطال فإذا كان العقد قد علق على
شرط لم يتحقق فإن مؤدى ذلك هو عدم إعمال حكم المادتين المشار
إليهما فى شأنه " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٤/٦/١٩٦٦)

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٦٧ وما بعدها - المستشار مصطفى مجدى
مرجه ص ٤٥٠ وما بعدها .

غير أن هذا لا يمنع من أن يستبعد القاضى الوصف الذى وصف به المتعاقدان عقدهما ليحل محله الوصف القانونى الصحيح ، لأن ذلك يتعلّق بسلطة المحكمة فى تكييف العقد^(١).

الشرط الثانى :

أن يتضمّن العقد الباطل أو القابل للإبطال عناصر عقد آخر

صحيح :

يجب أن يشتمل العقد الأصلى على جميع العناصر اللازمة لقيام العقد الآخر . فيلزم أن يكون فى الإمكان تلمس أركان العقد الذى يصير التحول إليه فى الواقعة المادية التى تخلفت عن العقد الباطل . فالتحول لا يقوم على استيفاء أركان العقد الجديد من خارج نطاق العقد الباطل أو القابل للإبطال . فلو أن شخصا مثلا باع دارا سبق لها أن تهدمت . ووقع البيع لذلك باطلا ، ما ساغ تحول العقد إلى دار أخرى يملكها البائع . حتى لو دلت الظروف على أن البيع كان ليرد عليها ، لو تبين المتعاقدان حقيقة هلاك الدار التى وقع عليها البيع الباطل . أو القابل للإبطال^(٢).

(١) جلال العنوى ص ٢٠٦ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٠٢ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تشترط المادة ١٤٤ من القانون المدني لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان وإذا كان عقد التحكيم لا تتوافر فيه أركان عقد آخر يمكن أن تكون نية الطرفين قد انصرفت إلى الارتباط به فإن عقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان لا يمكن أن يتحول إلى عقد آخر ملزم للمتعاقدين لأن المحتكمين لم يقبلوا بموجب عقد التحكيم إلا الالتزام بالحكم الذي يصدره المحكم فإذا لم يصدر هذا الحكم تحللاً من مشاركة التحكيم".

(طعن رقم ٤٠٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨)

٢- " تحول العقد الباطل إنما يكون في حالة بطلان التصرف مع اشتماله على عناصر عقد آخر تكون نية الطرفين الاحتمالية قد انصرفت إلى قبوله دون إدخال عنصر جديد عليه ، ولما كان الثابت أن محكمة أول درجة قد انتهت إلى بطلان الاتفاق المبرم بين الطرفين على أساس أن الموقعين عليه لا يملكون التعاقد نيابة عن هيئة الإذاعة ، فإن القول بإمكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٩)

المشرط الثالث :

أن تنصرف إرادة الطرفين إلى العقد الآخر :

فلا يتطلب أن تكون الإرادة الحقيقية للمتعاقدين قد اتجهت إلى العقد الآخر . فهذه الإرادة الحقيقية قد اتجهت إلى العقد الأصلي . إنما يكفي بأن تكون إرادتهما المحتملة قد انصرفت إلى العقد الآخر ، وليس معنى ذلك أننا نتطلب إرادة احتياطية ، بمعنى أن يكون الطرفان قد أرادا التصرف الأصلي الباطل أو القابل للإبطال أساسا وتوقعا احتمال بطلانه فلماذا التصرف الآخر الصحيح على سبيل الاحتياط لأن مثل هذه الإرادة الاحتياطية تكون إرادة حقيقية . بل المراد بذلك أن يكون من الممكن افتراض أن الطرفين كانا يقبلان التصرف الجديد لو علما بالبطلان .

ويستطيع القاضي أن يصل إلى هذا الافتراض فى ضوء أمرين
يعتبران دليلا على توافر هذه الإرادة المحتملة للطرفين :

١- الأمر الأول : أن تتوفر عناصر التصرف الجديد جميعها . وقد تناولنا ذلك تفصيلا فيما سلف . وهو فى حقيقته يعتبر دليلا على أن الطرفين كانا يؤثران التصرف الجديد لو علما بالبطلان .

والأمر الثانى : أن يكون التصرف الجديد محققا للغاية العملية التى يهدف إليها المتعاقدان من التصرف الأصلي . وذلك لأن العبرة ليست بالوسيلة الفنية التى لجأ إليها الطرفان . بل بالغاية

العملية التي يراد الوصول إليها . فإذا تبين أن الوسيلة التي اختارها الطرفان باطلة أمكن أن يقال لهما أرادا الوسيلة للصحيحة مادام أنها تؤدي إلى الغاية المقصودة .

ومن هنا يكون القاضى ، وهو يبذل العاقلين بعقدتهما الأصلي عقدا جديدا ، قد أحل نفسه محلها فى اختيار الطريق القانونى الصحيح ، ويكون من شأن هذه الشروط أن تحد من إطلاق تقدير القاضى بحيث تقرب ما أمكن بين الإرادة المحتملة وإرادتهما الحقيقية^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ١٤٤ من القانون المدنى تشترط لتحول العقد الباطل أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان . وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك متى أقام رأيه على أسباب تسوغه " .

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤)

(١) مذكرة المشروع التهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٦٤ - عبد المنعم الصده ص ٣١٢ ومبايعها .

(الفرع الثالث)
(آثار العقد)
(مادة (١٤٥))

ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام^(١).

(١) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المندى الجديد (نظرة عامة) ما يأتي:
" عرض المشروع لأثار العقد في قسمين : أفرد أولهما لما للعقد من أثر ملزم بالنسبة للمتعاقدين وخلفائهما ودائتيهما وبالنسبة لغير المتعاقدين من الأشخاص وتناول في القسم الثاني الأحكام الخاصة بتنفيذ العقد وتفسيره وقد جمع ما يعرض من المسائل بصدد هذه الآثار جدعا منطقيا ، قصد به إلى إيضاح بعض ما خفى من نواحيها حتى اليوم .
وقد كان حريا بأحكام الدعوى البولسية أن تعالج بصدد أثار العقد بالنسبة للدائنين . فالواقع أن هذه الدعوى ليست في حقيقتها سوى دعوى عدم نفاذ أو اقتصار ، مهما يكن من أمر ما أثير بشأن هذه الحقيقة من أوجه الخلاف ، وما اكتنفها من أشكال من جراء ذلك . فتصرف المدين المعقود إضرارا بحقوق دائنيه يقع صحيحا ولكن لا ينفذ في حق هؤلاء الدائنين ، أو تقتصر آثاره فلا تتعدى إلى هؤلاء الدائنين ، لأنهم يعتبرون منه في حكم الغير . فليست الدعوى البولسية من دعاوى البطلان أو دعاوى النقص وإنما دعوى عدم نفاذ أو اقتصار . ويتضح من ذلك أنه كان في الوسع من الناحية المنطقية أن تشغل أحكام هذه الدعوى ، مكانا في هذا الشق من المشروع ، ولاسيما أن هذا هو منحى التقنين الحالي .

بسيد أنه لم ير من المناسب أن يباعد بين أحكام الدعوى البولسية وبين أحكام دعويين آخرين : هما الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية. فقد حلت هذه الدعاوى الثلاث صعيدا واحدا في الشق الخاص بآثار الالتزام بالنسبة **لذمة المدين**.

ولعل وضعها هذا أكثر الأوضاع تمثيا مع المنطق ، باعتبار أنها جميعاً ترمى إلى غرض واحد هو **تنظيم موقف المدين للمعسر** .

وقد استحدث المشروع أحكاما لها دون شك نصيبها من الأهمية . فوضع نصا جديداً تناول فيه تحديد آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص ، أما آثار العقد بالنسبة لغير عاقيه ، فقد أقام بشأنها قاعدة عامة استلهم فيها ما في عبارة المشروع الفرنسي الإيطالي من قوة وبيان ، إذ يقرر في المادة ١٣ من أن العقود لا يترتب عليها ضرر لغير عاقيها ، ولكن يجوز أن ينصرف إليهم نفعها ، وقد يكون في إطلاق الحكم الخاص بانصراف منفعة التعاقد إلى غير عاقيه ما يتعارض مع التصوير التقليدي للاشتراط لمصلحة الغير . ومع ذلك فقد اتجلى الأمر عن حقيقة قانونية فرغ من إقرارها ، وأصبح اليوم الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة ، بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا في حالات بخصوصها . ولهذه العلة استبدل المشروع بالمادة الغامضة الوحيدة التي تضمنها التقنين الحالي نصوصاً جلية مفصلة حددت في وضوح شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره . فأوجب أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، في تنفيذ الالتزام للمشتراط لمصلحة الغير . ولباحث له أن ينقض الاشتراط أو يستبدل بالمنفع شخصاً آخر ، بل ولباحث له أن يستأثر لنفسه ولورثته بمنفعة المشاركة مادام الغير لم يعط رغبته في الاستفادة منها . ويتلقى المنفع بمقتضى الاشتراط حقاً مباشراً مصدره العقد ذاته ، وفي هذه الناحية تتجلى الفكرة الأساسية في فقه هذا الوضع بأسره ، فإن الغير يكسب حقاً بناء على عقد لم يكن طرفاً فيه ، ويجوز للمنفع أو المشتراط أن يطالب بقضاء هذا الحق لأن لكل منهما مصلحة في ذلك .

وأخيراً نص على جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو شخص غير معين وقت العقد ، ويعتبر ذلك قصارى ما وصل إليه تطور هذا النظام .

أما الوعد بالتزام الغير فقد أغفله التقنين الحالي ، إلا أن المشروع أفرد نصاً لأحكام العامة فيه ، استلهم بشأنه المادة ٩١ من التقنين البولوني والمادة ٢٢٦ فقرة ثالثة من التقنين اللبناني - وقد أُشير ابتداءً إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالتزام الغير . فالأول يخول الغير حقاً مباشراً ، على نقيض الثانى ، فهو لا يلزم الغير بذاته . فالواعد يلتزم شخصياً ويكون من واجبه أن يعوض من تعاقده معه عيناً أو نقداً إذا رفض الغير أن يتعاقد . ومؤدى هذا أن الغير لا يلتزم إلا بمقتضى إقراره للوعد . ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدوره ما لم تتصرف النية إلى غير ذلك .

ويراعى من ناحية أخرى ، أن المشروع استهل الأحكام المتعلقة بتنفيذ العقود " بالنص على أن العقد شريعة المتعاقدين " ، فاستظهر بذلك دلالة ما يكون للعقد من أثر فى الإلزام . بيد أنه شفع هذا النص بما يفصح عن وجوب مجافاة الغلو والتشدد فى تفسيره ، وتخريج المقصود منه . فحسن النية واعتبارات العدالة وما يجرى عليه العرف فى نزاهة التعامل ، كل أولئك عناصر ينبغى أن تضاف على هذا الأثر ما يلين من جموده ، ويجعله أدنى إلى القسط . وقد رأتى إيراد تطبيق خاص لهذه العناصر المقتضى فنص على مبدأ الطوارئ غير المتوقعة . وقد ينطوى هذا التطبيق على شئ من الجراءة ، ولكنه مكفول الخير على وجه التحقيق . ويراعى أن محكمة الاستئناف الوطنية كانت قد أخذت فى أحد أحكامها بهذا المبدأ . وإذا كانت محكمة النقض قد ألغت هذا الحكم ، فهى لم تستند فى ذلك إلى مجافاة المبدأ ذاته للعدالة ، بل استندت إلى انتفاء أساسه فى أحكام التشريع .

وإزاء هذا عمد المشروع إلى إقامة هذا الأساس التشريعي ملتزماً في ذلك ما ينبغي من حدود الحيلة ، حتى لا يتخذ من مثل هذا المبدأ الدقيق ذريعة للعبث بما للروابط للعاقبة من قوة ملزمة . وقد أخذ نص المشروع عن التقنين البولوني ، وهو التقنين الوحيد الذي أفرغ أحكام نظرية الطوارئ غير المتوقعة في صيغة عامة . والحق أن من الحوادث ما يكون شاذاً لا يمكن توقعه ، دون أن يكون للعاقدين مندوحة عنه . ومثل هذه الحوادث لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، وإلا كانت من قبيل القوة القاهرة ، وإنما تجعل هذا التنفيذ مرهقاً فادحاً . وفي هذه الحالة يتدخل القاضي لينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، بعد تقدير مصالح العاقدين تقديراً عادلاً .

وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق بتفسير العقد على إيراد ضوابط مجملة ورغب عن القواعد التفصيلية التي تصادف عادة في التقنينات اللاتينية . فإذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد فينبغي التعويل في ذلك على طبيعته والغرض المقصود منه ، وبوجه خاص على ما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة ، وفقاً لما يجزئ به عرف التعامل ، وبهذا يحتمكم إلى معيار مادي أخذ عن التقنين الألماني (المادة ١٠٧) وقد نص كذلك على مبدأ تفسير الشك لمصلحة المدين . وأخيراً نص على أحكام التفسير الخاصة التي تتفرد بها عقود الإذعان .

فينبغي أن يراعى في تفسير هذه العقود ما قد يقع من غفلة المذعن عن بعض الشروط الجائرة ، وقد يؤدي ذلك إلى تعديل هذه الشروط أو الإغناء من تنفيذها . وينبغي كذلك تفسير ما يغمض من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمذعن ، دائماً كان أو مديناً ، إذ ليس له ، على كلا الحالين ، يد في هذا الفموض .

الشرح

١٢٤- قاعدة نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث المضمون (الموضوع) :

يتلخص حكم العقد فى تلك العبارة التى بائت ذائعة من أن العقد شريعة المتعاقدين، والتى أشار إليها القانون الجديد فى المادة ١٤٧/١ . فالعقد له إذن قوة ملزمة ، لكن هذه القوة محدودة من حيث الأشخاص الذين يأترون بقانون العقد ، إذ لا يلتزم به إلا المتعاقدان (وإن وجب التوسع فى مدلول كلمة المتعاقدين كما سنرى) . كما أنها محدودة من حيث المضمون إذ العقد لا يلزم إلا بما تضمنه من التزام ومن هنا وصفت قوة العقد الملزمة بأنها نسبية من حيث الأشخاص ومن حيث المضمون ونصدي هنا لنسبية العقد من حيث الأشخاص^(١).

ونشير إلى أن انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين ، هو أمر يقع بالضرورة ، لأنهما اللذان صنعا العقد وهما بالتالى يتأثران به .

١٢٥- انصراف أثر العقد إلى الخلف :

إذا كان انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين أمراً تحتّمه ذات طبيعته ، فقد شاعت طبيعة الحياة التى نعيشها أن تتصرف تلك الآثار إلى من يخلقون هذين المتعاقدين فى حقوقهما ، فالإنسان إلى

(١) أحمد حشمت أبو ستيث ص ٢٧٢ .

زوال . ولا بد بعد موته ، من وجود من يخلفه فى الحقوق التى يتركها . وحينئذ يتأثر هذا الخلف بالعقود التى سبق لسلفه أن أبرمها . بل إن حقوق الشخص قد تنتقل منه إلى آخر حال حياته ، فيتأثر الثانى بالعقود التى سبق للأول أن أجراها متعلقة بها ، هكذا تتصرف آثار العقود ، من بعد عاقيدها ، إلى خلفائهما .

ويقصد بالخلف الشخص الذى يتلقى الحق عن غيره ، وهو نوعان : خلف عام وخلف خاص .

١٢٦- المقصود بالخلف العام :

الخلف العام هو من يخلف سلفه فى كل حقوقه ، أى من نعم خلافته إياه فى كل هذه الحقوق جميعها ، سواء أخلفه فيها وحده ، أو خلفه فيها مع غيره ، بنسبة معينة منها ، كالنصف أو الثلث أو الربع . وفى ضوء هذا التحديد ، يبين أن الخلف العام ، بالنسبة إلى الشخص الطبيعى أى الإنسان هو أحد اثنين :

١- الوارث ، سواء أكان وحيدا أو مع غيره .

٢- الموصى له بنسبة من مجموع التركة ، كثلثها أو ربعها أو

خمسها .

غير أن الخلافة العامة ليست مقصورة على الشخص الطبيعى أو الإنسان ، فقد تكون أيضا فى شأن الشخص الاعتبارى . ويحصل ذلك فى الحالة التى يفنى فيها شخص اعتبارى بكل نمته

المالية ، أى بكل ماله من حقوق وما عليه من التزامات فى شخص اعتبارى آخر ، سواء أكان هذا الأخير موجوا من قبل ، أم نشأ بعد فناء الأول فيه ، وهذه على وجه الخصوص هى حالة الاندماج. وأبرز تطبيقاتها العملية اندماج شركة فى أخرى . فشخصية الشركة المندمجة تزول وتفىنى فى الشركة الدامجة ، وتؤول كل حقوق والتزامات الأولى للثانية. وهكذا تخلف الشركة الدامجة ، وتؤول كل حقوق والتزامات الأولى للثانية . وهكذا تخلف الشركة الدامجة الشركة المندمجة فى كل حقوقها والتزاماتها ، أى أنها تعتبر خلفا عاما لها ^(١).

وقد أكدت هذا المعنى المادة ١٣٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ (بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة) بنصها على أن : "تعتبر الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلفا للشركات المندمجة ، وتحل محلها حولا قانونية فيما لها وما عليها وذلك فى حدود ما اتفق عليه فى عقد الاندماج مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين " .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٧٠ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض هذا النظر بصدد القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الاندماج فى شركات المساهمة إذ قضت بأن :

" إذا كان الحكم قد استخلص من المستند - المقدم من الطاعنة -
أن الشركة العامة لدور السينما اشترت الذمة المالية للشركة الشرقية
للسينما بكامل عناصرها من أصول وخصوم دون تحديد أو تقييد
بما ورد فى قرار التقييم أو قرار الحارس العام الصادر باعتماده
وأنه بالتالى تكون الشركة المشترية قد خلفتها خلافا عامة ، ثم
اندمجت الشركة الأخيرة فى شركة القاهرة للتوزيع السينمائى التى
اندمجت فى المؤسسة المصرية العاقد للسينما وأنه لهذا تكون
المؤسسة المذكورة هى صاحبة الصفة فى إقامة الدعوى عليها وهو
استخلاص سائغ يتفق مع صحيح القانون ، وإذ رتب الحكم على
ذلك القضاء برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى
صفة ، فإن النعى عليه يكون غير سديد . "

(طعن رقم ٦١ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٧٧/٢/١٥)

٢- " إندماج الشركات بطريق الضم يترتب عليه - وعلى ما
جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تتقضى الشركة المندمجة ،
وتمحى شخصيتها الاعتبارية وذمتها المالية ، وتحل محلها الشركة
الداجمة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات ، وتخلفها فى

ذلك خلافة عامة ، ومن ثم تختصم وحدها في خصوص الحقوق والديون التي كانت للشركة المندمجة أو عليها ، وقد أكدت المادة ٤ من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاندماج في شركات مساهمة ذلك الأصل ما لم يتفق على خلافه في عقد الاندماج " .

(طعن رقم ١١٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

وبالنسبة لاندماج الجمعيات الأهلية الخاضعة للقانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ فقد نصت المادة السادسة من القانون على أن تلتزم الجهة الإدارية بقيد ملخص النظام الأساسي للجمعية في السجل الخاص المعد لذلك خلال ستين يوما من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مصحوبا بالمستندات المشار إليها في المادة (٥) من هذا القانون ، فإذا مضت الستون يوما دون إتمامه اعتبر القيد واقعا بحكم القانون .

وتتبت الشخصية الاعتبارية للجمعية بإجراء هذا القيد أو بمضي ستين يوما من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مستوفيا ، أيهما أقرب ... الخ ومن ثم فإن اندماج جمعية ذات شخصية اعتبارية في جمعية جديدة لا يثبت به زوال الشخصية الاعتبارية عن الجمعية المندمجة وخلافة الجمعية الدامجة لها في شخصيتها إلا بشهر نظام الجمعية بوصفها خلفا للجمعية الأولى .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" يقضى القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة في مادته السابعة بأن الشخصية الاعتبارية للجمعية لا تثبت إلا إذا شهر نظامها ، ومن ثم فإن اندماج جمعية ذات شخصية اعتبارية في جمعية جديدة لا يثبت به زوال الشخصية الاعتبارية عن الجمعية المندمجة وخلافة الجمعية الدامجة لها في شخصيتها بشهر نظام هذه الجمعية الأخيرة بوصفها خلفا للجمعية الأولى ، وإلى أن يتم الشهر لا يثبت الاستخلاف بين الجمعيتين في الشخصية الاعتبارية وتبقى هذه الشخصية لاصقة بالجمعية التي كانت لها أصلا " .

(طعن رقم ٣٠٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٤/٥/١٩٦٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن أيلولة ملكية المستشفيات الزممة بموجب القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٤ في شأن تنظيم المؤسسات العلاجية إلى الدولة لا يرتب انقضاء المشروع المؤمم وتصفيته ونشوء شخص معنوى جديد محله .

إذ ذهبت بتاريخ ١٢/٤/١٩٧٤ في الطعن رقم ١٥١ لسنة

٢٨ ق بأن :

" إذا كان القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٤ في شأن تنظيم المؤسسات العلاجية قد نص في مادته الأولى على أن تؤول ملكية

بعض المستشفيات ومنها مستشفى المواساة إلى الدولة وأن يستولى وزير الصحة عليها وعلى جميع موجوداتها المتعلقة بمباشرة نشاطها ، ونص في مادته الخامسة على أن يؤول جميع ما يتم الاستيلاء عليه إلى المؤسسات العلاجية التي تنشأ في المحافظات وأن تلتزم هذه المؤسسات بأداء التعويض الذي قد يكون مستحقا لذوى الشأن كما ألزم في مادته الثامنة كل شخص توجد لديه أموال بأية صفة كانت لتلك المستشفيات أو يكون مدينا لأى منها بأن يقدم بياناً بذلك إلى وزير الصحة خلال شهر من تاريخ العمل به ، ونصت المادة العاشرة منه على أن ينقل عمال تلك المستشفيات بحالتهم إلى المؤسسات العلاجية بالمحافظات ، بينما نصت المادتان الأولى والثانية من القرار الجمهورى رقم ١٢١٠ لسنة ١٩٦٤ فى شأن إنشاء مؤسسات علاجية بالمحافظات على أن تكون لهذه المؤسسات الشخصية الاعتبارية وأن تقوم كل مؤسسة منها بإدارة المستشفيات التابعة لها فى دائرة المحافظة ، كما نصت المادة الثانية من القرار الجمهورى رقم ١٢١٣ لسنة ١٩٦٤ بإنشاء مؤسسة علاجية لمحافظة الاسكندرية على أن تؤول إلى هذه المؤسسة ملكية المستشفيات الواردة فى الكشف المرافق ومنها مستشفى المواساة ، فإن مؤدى هذه النصوص أن هذا المستشفى قد خلصت ملكيته للدولة بالتأميم والى المؤسسة الطاعنة ، وأن المشرع لم يشأ الإبقاء على شخصية المشروع المؤمم . وإذ كان التأميم على هذه الصورة

يرتب انقضاء المشروع المؤمم وتصفيته ونشوء شخص معنوى جديد محله ، وكان مقتضى ذلك أن الدولة أو المؤسسة الطاعنة ليست امتدادا لهذا المشروع فلا تعتبر بمثابة خلف له . فإن هذه المؤسسة لاتسأل بحسب الأصل عن الديون التى ترتبت فى ذمة ذلك المستشفى قبل تأميمه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

وإذ كان القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٤ والقرار الجمهورى رقم ١٢١٣ لسنة ١٩٦٤ المشار إليهما لم يتضمنا نصا بانتقال التزامات المستشفيات المؤممة إلى الدولة أو المؤسسات العلاجية ، وكان المقصود بنوى الشأن الذى يحق لهم اقتضاء التعويض المنصوص عليه فى المادة الخامسة من ذلك القانون هم أصحاب المستشفيات المؤممة دون دائنى هذه المستشفيات الذين لم يكلفهم القانون بتقديم بيان عن ديونهم كما فعل بالنسبة لمدينىها وبذلك تبقى حقوق هؤلاء الدائنين قائمة قبل أصحاب تلك المستشفيات فإن المؤسسة الطاعنة لا تكون لها صفة فى هذه الخصومة القائمة على مطالبة المطعون ضده بأجره وباقى استحقاقاته المترتبة على فصله الذى تم قبل تأميم المستشفى . إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه برفض الدفع المبدى من المؤسسة الطاعنة بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة استنادا إلى أن هذه المؤسسة تعتبر خلفا عاما لمستشفى المواساة المؤمم ، ورتب الحكم

على رفض هذا الدفع قضاءه بإلزام الطاعنة بالمبلغ المحكوم به .
فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٣/٤/١٩٧٤)

ولكن لا تعتبر الدولة خلفا عاما في حالة استيلائها على أموال
الآخرين من أفراد أو شركات^(١) .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ الذى قضى بالاستيلاء
على المستحضرات الطبية ومستودعاتها لدى المشتغلين بتجارة
الدواء مقابل تعويض يحدد طبقا للمادة التاسعة منه على أساس
التكاليف الحقيقية وبمراعاة الصلاحية وإمكانيات التوزيع وعلى ألا
يتجاوز مقدار التكاليف شاملة نسبة من الربح حددا الأقصى ٦% ،
هو عدم حلول المؤسسة العامة لتجارة وتوزيع الأدوية أو غيرها من
الهيئات محل المسئولية لديهم فى حقوقهم والتزاماتهم وأن يبقى
هؤلاء مسئولين عن سداد ديون منشأتهم لدانيتها " .

(طعن رقم ٤١٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ٣/١٢/١٩٦٩)

١٢٧- انصراف آثار العقد إلى الخلف العام :

رأينا أن المادة (١٤٥) تنص على أن ينصرف أثر العقد إلى
المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٧٢ الهامش .

لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام .

فالأصل أن الخلف العام شأنه شأن السلف ينصرف إليه أثر العقد ، فيفيد من الحقوق التي ولدها عقد سلفه كما يلتزم بالالتزامات التي نشأت عنه ، وهذا هو ما قصد إليه المشرع بقوله : " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام " .

فإذا مات البائع مثلا ، خلفه وارثه في الحقوق التي تنشأ من البيع مثل الثمن . وإذا مات المشتري خلفه وارثه في حقوقه . ومن بينها ما يتعلق بنقل الملكية وبتسلم المبيع .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن عقد البيع إذا كان لم يسجل ، وإن كانت ملكية المبيع لا تنتقل به ، إلا أنه تترتب عليه التزامات شخصية . وهذه الالتزامات - ومنها بل وأهمها نقل الملكية إلى المشتري تبقى في تركة المورث بعد وفاته ، ويلتزم بها ورثته من بعده . وإن فليس لوارث أن يتمسك ضد المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث " .

(طعن رقم ٤٤ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/١/٢٣)

٢- " إن المطعون ضدهم ومورثهم إذ لم يكونوا أطرافا في عقد القسمة المسجل الذي اختص فيه الطاعنون بأرض النزاع فإن

القاعدة في نسبة أثر العقد طبقا لما جرى به نص المادة ١٤٥ من التقنين المدني أنها لا تكون ملزمة إلا لعاقديها سواء كان العقد عرفيا أو رسميا أو مسجلا " .

(طعن رقم ٥٥٣ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢١)

٣- " إذا كان البين من الأوراق أن الطاعنة أقامت دعواها بأحقيتها لاستئجار شقة النزاع تأسيسا على أن وزارة الأوقاف التي يمثلها المطعون عليه الثالث أعدتها لوالديها بدلا من منزلها المهذوم ، وأن والدتها إذا توفيت فيقوم حقها في استئجارها باعتبارها وارثتها والمقيمة معها عند هدم المنزل ، وأن المطعون عليهما الأولين تمكنا من وضع يديهما على شقة النزاع بطريق الاحتيال ، وكان مؤدى هذا أنها تؤسس حقها في شغل هذه الشقة إما بصفتها وارثة لوالدتها باعتبارها صاحبة الحق الأصلي في الاستئجار أو باعتبار أن إقامتها معها بالمنزل المهذوم يعطيها هذا الحق ، لما كان ذلك وكان الثابت أن والدة الطاعنة توفيت دون التعاقد على استئجار شقة النزاع وكان معنى تعهد وزارة الأوقاف بتمكينها من استئجار إحدى الشقق التي كانت ترمع إقامتها هو إعداد مكان لإقامتها بدلا من مسكنها المهذوم وبذلك يكون حقها الناشئ عن هذا التعهد حقا متعلقا بشخصها فلا ينتقل من بعدها إلى ورثتها طبقا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدني " .

(طعن رقم ٨٩٣ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١)

٤- (أ) - " المقرر وفقا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدني أن آثار العقد الصحيح لا تقتصر على المتعاقدين بل تتجاوزهم إلى الخلف العام فيسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد ، فمتى نشأ العقد صحيحا وخلصت له قوته الملزمة فإنه يكون حجة على الوارث أو عليه لأنه يعتبر قائما مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه " .

(ب) - " التزام الورثة الطاعنون بالالتزامات الناشئة عن عقد البيع الصحيح الصادر من مورثهم التي من بينها الالتزام بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالعقار المبيع أو منازعتها فيما كسبته من حقوق تولدت عن هذا العقد كما يتمتع عليهم منازعة من باعت إليه العقار وذلك تطبيقا لنص المادة ٤٣٩ من القانون المدني ولا يستثنى من ذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا الحالة التي تتوافر فيها لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ المبيع وشروط وضع اليد على العقار المبيع المدة المكسبة للملكية " .

(طعن رقم ١٩٧٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

كما يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أن يسرى في حق الخلف في خصوص هذا العقد ما كان ساريا في حق السلف. فلا يشترط ثبوت تاريخ الورقة العرفية المدون فيها العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له أو عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه ، لأنه يعتبر قائما مقام المورث ، ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحا ، وخلصت له قوته الملزمة " .

(طعن رقم ٢٤٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١١/٥/١٩٧٢)

٢- " متى كانت الورقة العرفية موقعة من الوكيل فإن تاريخها يكون حجة على الأصيل - ولو لم يكن لها تاريخ ثابت - إذا أنه لايعتبر غيرا لأنه كان ممثلا فى التصرف الذى أبرمه وكيله لحسابه، كما يكون هذا التاريخ حجة على وارث الأصيل بحكم كونه خلفا عاما لمورثه " .

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٦/٣/١٩٧٤)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أنه يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه لأنه يعتبر قائما مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به طالما أن العقد نشأ

صحيحاً وخلصت له قوته للملزمة ما لم يطعن عليه بطريق الطعن .
المناسب " .

(طعن رقم ٨٦١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/١٠)
ويسرى أيضاً فى حق الخلف العام العقد الحقيقى دون العقد
الصورى .

كما يكون الإقرار الذى يصدر من السلف حجة عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن ورثة المقر بوصفهم خلفا له يصح الاحتجاج قبلهم بما
حواه إقراره " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٤/٢٠)
٢- " الأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة
لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها وإذا كان القانون قد
أعفى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابى فى
حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها فى حقيقتها وصية قصد بها إثارة بعض
الورثة ، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفى لإهدار حجية
هذه الإقرارات . بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها
بأى طريق من طرق الإثبات " .

(طعن رقم ٣٤ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١/١٨)

٣- " الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده فلا يجوز إعمال أثره على من عداهم " .

(طعان رقما ١٢٥ لسنة ١٩٠٧ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١/٣)
وتكون الورقة العرفية الموقع عليها من المورث حجة على
الوارث، طالما لم يطعن على توقيع مورثه بالجهالة أو الإنكار
(م ١٤ من قانون الإثبات) " .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقرر إعمالا لنص المادة ١٤ من قانون الإثبات أن
الورقة العرفية تستمد حجيتها في الإثبات من التوقيع - فيعتبر
الإقرار بورقة عرفية حجة على من وقعه - كما تمتد حجيته إلى
الوارث طالما لم يطعن على توقيع مورثه بالجهالة أو الإنكار " .

(طعن رقم ١٩٧٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

٢- " إذا كان الثابت بالأوراق أن دفاع الطاعنة أمام محكمة
الموضوع قد اقتصر على التمسك بأن مورثها المرحوم لم
يخلف تركة تلتفتها عنه حتى يحتج عليها بالدين المثبت بالسند محل
النزاع وأن التركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة
وكان هذا الدفاع منها لا يفيد التسليم بصحة نسبة المحرر لمورثها
ولا يعد خوضا منها في موضوعه فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف
هذا النظر وقضى بعدم قبول الطعن بالجهالة الذي أبدته الطاعنة

على أنها ناقشت موضوع المحرر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(طعن رقم ٢٣٨٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/٣١)
وبصفة عامة فإن الخلف العام لا يملك من وسائل الإثبات قبل المتصرف إليه من السلف إلا ما كان يملكه مورثه في صدد منازعته له .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الطاعنون وهم خلف عام لمورثهم لا يعتبرون من الغير بالنسبة للمتصرف المطعون فيه وهو تصرف بات غير مضاف إلى ما بعد الموت ، فإنهم لا يملكون من وسائل الإثبات قبل المتصرف إليها - المشتريه - إلا ما كان يملكه مورثهم في صدد منازعته لها في ملكيتها الثابتة لها بالعقد المسجل .

(طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦١/٣/٢٣)

١٢٨- ثبوت حجية عقد السلف قبل الخلف العام إذا لم يستند الخلف العام إلى سبب غير تلقى الحق من السلف :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا أطرافه ومن يمثلونهم في التعاقد من خلف عام أو خلف خاص ، فإنه لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا

استند هذا الخلف في إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى . ولما كان الطاعن يركن في إثبات ملكيته للمخبر باعتباره محلا تجاريا إلى عقد شرائه له بتاريخ ... من مالكة السابق وهو بهذا الوصف مستقل في ملكيته عن العقار الذي اشترته المورثة في تاريخ لاحق من مالك العقار وهو خلاف مالك المحل التجارى ومن ثم فإن عقد شراء المورثة للعقار الذى يقع به المحل التجارى لا يكون حجة على الطاعن الوارث مادام هو يستند فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر " .

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٩)

٢- " من المقرر أن العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا أطرافه ومن يمثلونهم فى التعاقد من خلف عام أو خاص ، وأنه لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢١)

١٢٩- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مقيد بقواعد الميراث :

تنص المادة ١٤٥ على أن : " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث " .

والقواعد المتعلقة بالميراث يحكمها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣
المستمد من الشريعة الإسلامية وتكمله أيضا قواعد هذه الشريعة .
وتتضمن قاعدة : " لاتركة إلا بعد سداد الديون " أن أموال
التركة تنتقل إلى الورثة فور موت المورث ، ولكن يتعلق الدين بها ،
فهي تنتقل محملة بحقوق الدائنين ، حيث يكون لهم عليها حق أشبه
بالرهن ولكنه رهن مفروض من قبل الشارع . فهذا هو الحل الذى
أخذ به الشارع من الفقه الإسلامى بمقتضى النصوص الواردة فى
التقنين المدنى الحالى وقانون الشهر العقارى : إذ أن الشريعة
الإسلامية هى التى تحكم قواعد الميراث حيث نصت المادة ٨٧٥
مدنى على أن : " تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال
أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية
والقوانين الصادرة فى شأنها " .

ومؤدى هذا أن الديون تبقى فى التركة فتؤدى منها دون أن
يتحمل بها الوارث فى أمواله ، وإن لا ينتقل إلى الخلف إلا ما يتبقى
خالصا منها ويقدر نصيبه فكأن الخلف العام إنما يخلف السلف فى
الحقوق دون الالتزامات .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ٢- وعلى ذلك تنتقل إلى الوارث ما يرتب العقد من حقوق
والالتزامات. أما الحقوق فيكون انتقالها كاملا . بيد أن حكم الالتزامات

تقتضى تحفظا خاصا يتصل بأحكام الميراث . ذلك أن الوارث لا يلتزم بدين مورثه ، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة ، بل وبنسبة ما يؤول إليه منها في صلته بالورثة الباقيين (أنظر المادتين ٢٤١/٢٢٩ من التقنين التونسي والمراكشي) وبعد ، فليس ينبغي أن يعزل هذا النص عن النصوص التي تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات (أنظر المواد ١٣٠٧-١٣٤٧) (١).

١٢- حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام :

إذا كانت القاعدة العامة هي أن آثار العقد تتصرف من بعد موت العاقد إلى خلفه العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ ترد عليه استثناءات ثلاثة نصت عليها المادة ١٤٥ منى هي :

١- إذا تبين من العقد أن أثره لا ينصرف إلى الخلف العام :

يجوز أن يتضمن العقد أن أثره لا ينتقل من العاقد إلى خلفه العام ، طالما أن هذا الشرط لا يخالف النظام العام . ومثال ذلك أن يوجب شخص لآخر سيارته لمدة معينة ، ويتفقان على إنهاء الإجارة بموت المستأجر ، إذا وقع قبل وفاته (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٧٢ .

(٢) جلال العلوى ص ٢٣٧ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٧٤ .

أو يتفق في عقد بيع على أن يمنح المشتري أجلا لسداد الثمن دون أن ينسقل الحق في الأجل إلى الورثة ، فإذا مات المشتري وجب دفع الثمن فوراً من التركة ^(١).

ومن الأمثلة على اتفاق مخالف للنظام العام أن يتفق المؤجر مع المستأجر لشقة سكنية على أن للعقد لايمتد إلى زوج المستأجر بعد وفاته أو إلى أولاده المقيمين معه إقامة مستقرة وقت وفاته . فإن ذلك يخالف حكم المادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، وهو حكم متعلق بالنظام العام ^(٢).

٢- أن يتبين من طبيعة التعامل أن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف العام :

إذا كانت طبيعة التعامل تقتضي عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام ، فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام . ويكون ذلك إما لمانع قانوني أو مادي يمنع انصراف العقد على هذا النحو .

ومن أمثلة المانع القانوني أن يكون شخص قد اكتسب حق انتفاع بمقتضى عقد . فهذا الحق لا ينتقل إلى الخلف العام ، لأن الانتفاع ينقضي حتماً بحكم القانون عند وفاة المنتفع .

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٦٤ .

(٢) سمير تTAGOUS ١١٢ .

أو أن يبرم شخص عقد لإيراد مرتب مدى الحياة ، يكسبه
بمقتضاه أن يتلقى عائدا سنويا طوال حياته . فإنه بمقتضى
العقد ذاته ينتقل الحق في الإيراد إلى الخلف العام بل ينقضى
صاحب الحق في الإيراد .

ومن أمثلة المانع المذموم أن يكون شخص المتعاقد
الاعتبار في العقد كالتعاقد مع فنان على رسم لوحة فنية
جراح على إجراء عملية جراحية أو مع مهندس على تنفيذ
أو مع محام على الترافع في دعوى من الدعاوى .. الخ . فإن امت
الناشئة عن مثل هذه العقود لا تنتقل إلى الخلف العام . من أو
الجراح أو المهندس أو المحامي (١) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" يبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني ومذكرتها
الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضى بأن آثار العقد لا تقتصر
على المتعاقدين بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق
الميراث أو الوصية واستثنى من هذه القاعدة الحالات التي تكون
فيها العلاقة القانونية شخصية بحتة وهي تستخلص من إرادة
المتعاقدين صريحة أو ضمنية ، أو من طبيعة العقد أو من نص في
القانون " .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/١٣)

(١) سمير تباغو ص ١١٢ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٧٥ وما بعدها .

٣- أن ينص القانون على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام :

ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٥٢٨ مدني من انقضاء الشركة بوفاة أحد الشركاء وما تنص عليه المادة ٦٠٢ مدني من أن الإيجار ينقضي بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات تتعلق بشخصه .

وما تنص عليه المادة ٦٢٦ من انقضاء للمزارعة بموت المزارع .

وما تنص عليه المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضي بموت الوكيل أو موت الموكل .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم ، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلاقة القانونية شخصية بحته . ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين ، صريحة كانت أو ضمنية ، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة ، أو من نص في القانون ، كما هي الحال في حق الانتفاع ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٧٢ .

١٢١- حالات يعتبر فيها الخلف العام من الغير :

يعتبر الخلف العام من الغير فلا ينفذ تصرف العاقد في حقه ، وذلك في الحدود التي قرر فيها المشرع حماية حقه في الميراث . وتفسير ذلك هو أن المشرع أطلق حرية الشخص في التصرف في أمواله حال حياته ولو أدى ذلك إلى تجريده من كل حقوقه بحيث لا يؤول أى شئ إلى الوارث عند الوفاة . ولكن المشرع لم يسمح للشخص في أن يتصرف في ماله بعد الوفاة ، أى يتصرف في ماله باعتباره تركة مستقبلية إلا بصورة واحدة من صور التصرف وهي الوصية ، وفي حدود معينة وهي ثلث التركة . وذلك حماية لحق الوارث واحتراما لأحكام الميراث وهي تتعلق بالنظام العام في المجتمع .

ويترتب على ذلك أن العاقد إذا أوصى بكل ماله فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق الوارث إلا في حدود ثلث التركة ، إلا إذا أجاز الوارث التصرف بعد الوفاة ومن هذا القبيل تصرفات أنزلها المشرع منزلة الوصية ، وهي التصرفات التي تصدر من السلف في مرض الموت ويكون مقصودا بها التبرع (م ٩١٦/١) . وبالإضافة إلى ذلك جعل كل تصرف يصدر في مرض الموت معتبرا في حكم التبرع ، ما لم يعم الدليل على غير ذلك . أى على

أنه تصرف بعوض تم فيه دفع المقابل . فإذا لم يقدّم الدليل على ذلك، اعتبر على سبيل التبرع وأخذ حكم الوصية .

ونظرا لأن تاريخ صدور التصرف وما إذا كان ذلك قد تم في مرض الموت أم تم قبل ذلك ، مسألة في غاية الأهمية بالنسبة للوارث ، وحتى لا تكون الحماية التي أسبغها المشرع على الوارث مجرد حماية نظرية ، فإن المشرع اعتبر الوارث من الغير فيما يتعلق بتاريخ التصرفات الصادرة من المورث . وقد قرر هذا الحكم في المادة ٢/٩١٦ بقوله : " وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا (١) .

وقد عرضنا لذلك تفصيلا في موضعه من الموسوعة .

١٣٢- هل يعتبر الدائن العادي خلفا عاما ؟

(أ- رأى الفقه :

يرى بعض الكتاب القدامى أن الدائن العادي يلحقه وصف الخلف العام لمدينه إذ هو ينتفع من تصرفات مدينه هذا ويضر بها بقدر ما تضيق هذه التصرفات إلى الضمان العام وتنقص منه .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٧٦ وما بعدها - سمير عبد السيد تناغو ص ١١٣ وما بعدها .

غير أن الرأي السائد فقها الآن أن الدائن العادى لا يعتبر خلفا عاما لمدينه ، لأنه لا يخلف مدينه فى ذمته فليترزم بديونه وتنتقل إليه حقوقه كما تقضى بذلك نظرية الاستخلاف . وإذا كانت تصرفات المدين تؤثر فى الضمان العام للدائن فهى لا تنفذ فى حق هذا الأخير بوصفها أفعالا قانونية وإنما تنفذ نتائجها باعتبارها مجرد وقائع مادية (١).

وبين من ذلك أنه إذا كان الدائن لا يعتبر خلفا للمدين ، فليس معنى ذلك أنه لا يتأثر بالعقود التى يبرمها ، فهذه العقود تؤثرها عليه، ولكن بطريق آخر غير مباشر . فالقانون يجعل من جميع أموال المدين ضمانا عاما لكل من دائنيه (مادة ٢٣٤ مدنى).
فإن أبرم المدين عقدا رتب له حقا أو حملا بدين ، فإن دائنيه يتأثرون بالضرورة .

إذ أن الضمان العام الذى لهم يزيد أو ينقص ، على حسب الأحوال ، ويظهر تأثر الدائنين بعقود المدين ، على وجه الخصوص فى حالة إعساره أو إفلاسه .

غير أنه مع هذا التأثير الذى يلحق بالدائنين ، فإنه لا توجد ثمة علاقة مباشرة بينهم وبين الآثار التى تترتب على عقود المدين .

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٢٩٣ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٨٢ - السنهورى ص ٤٣٨ ومابعداها هامش (١) - محمد كمال عبد العزيز ص ٤١٣ .

فإن مستهم تلك الآثار ، فما ذلك إلا لأنها تتصرف إلى ذمة المدين فتغير فيها زيادة أو نقصانا ، ثم يرد بعد ذلك أثرها عليهم ، عن طريق ذمة المدين نفسها ، بسبب زيادة ضمانهم العام أو ضعفه . هذه هي العلة في أن الدائنين كأصل عام يتأثرون بعقود مدنيهم بنفس الوضع الذي يتأثر هو به . ونتيجة لذلك لا يلزم للاحتجاج عليهم بعقود المدين أن تكون ثابتة التاريخ .

وهذا هو سبب الخلط بين الدائنين وبين الورثة في الفقه القديم ، حيث اعتبرهم رأى في هذه الفقه ضمن الخلف العام ^(١) .

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن الدائنين يتأثرون بعقود المدين ، في الحدود سالفة الذكر ، بنفس الوضع الذي يسرى عليه هو . فهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها استثناءان هامين :

الاستثناء الأول : يستهدف حماية الدائنين من الغش الذي قد يلجأ إليه المدين إضراراً بهم ، فيجوز للدائن بشروط معينة اعتبار التصرف الذي يضره والذي قام على الغش غير نافذ في حقه ووسيلته إلى ذلك الدعوى البوليصة (المواد ٢٣٧ - ٢٤٣ مدني) . والغش لا يلزم هنا إلا بالنسبة إلى التصرفات بعوض أما التصرفات بعوض أما التصرفات بغير عوض أي التبرعات فالغش غير لازم بالنسبة لها .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٨٣ .

والاستثناء الثاني : يستهدف تأمين الدائنين من خطر المظهر الكاذب الذى بصورة للمدين ، أو يشترك فى تصويره ، ليخفى حقيقة قانونية معينة ، ومؤدى ذلك أنه يسوغ للدائن ، إن كان ذلك فى مصلحته أن يتمسك بالتصرف الكاذب ، إذا كان يجهله أو يتمسك بالتصرف الحقيقى ليهما يراه له أوفق ووسيلته إلى ذلك دعوى الصورية (مادة ٢٤٤ مدنى) (١).

(ب) قضاء محكمة النقض :

سارت محكمة النقض فى قضاء قديم لها على أن الدائن خلف عام للمدين . ولم يصدر بها قضاء حديث يخالف ذلك .

إذ ذهب إلى أن :

١- " إنه لما كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ، فيما عدا تعليق نقل الملكية من البائع إلى المشتري على حصول التسجيل ، لم يغير شيئا من طبيعة عقد البيع من حيث إنه من عقود التراضى التى تتم . وتنتج آثارها القانونية بين المتعاقدين بمجرد الإيجاب والقبول ، فإنه متى انعقد البيع صحيحا ترتب عليه التزام كل من المتعاقدين بالوفاء بتعهداته التى يوجبها عليه القانون وشروط العقد ،

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٨٣ وما بعدها - السهنورى ص ٤٣٨ هامش (١) .

وفى مقدمتها التزام المشتري بنفع الثمن إلى البائع والتزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشتري . ولما كان الدائن العادى يعتبر خلفا عاما لمدينه كالولرث لمورثه ، وكان الخلف يحل محل سلفه فى ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه وتلزمه جميع تعهداته - لما كان ذلك كذلك فإنه إذا مات البائع قبل الوفاء بتعهدده بنقل الملكية لا يكون لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشتري أى حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع . ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكا للمورث وقت وفاته . وخصوصا إذا كان المشتري قد سجل حكما صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ ."

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١٣ فى جلسة ١٩٤٤/٣/٢)

٢- " إن دعوى استحقاق العقار المنزوعة ملكيته هى دعوى أساسها الملكية ، فليس لمن لم يسجل عقد شراء العقار أن يطلب الحكم باستحقاقه إياه . ولا يصح له أن يحتج على نازع الملكية بعقد شرائه الذى لم يسجل ، بمقولة إنه مادام البيع حجة على البائع فهو حجة على دائنه الشخصى المعتبر خلفا عاما له " .

(طعن رقم ٦٨ لسنة ١٤ فى جلسة ١٩٤٥/٥/١٠)

٣- " يعتبر المدين ممثلاً لدائته العادى فى الخصومات التى يكون المدين طرفا فيها فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينه ، كما يعتبر الحكم على المدين حجة على دائته فى حدود ما يتأثر بالحكم حق الضمان الذى للدائن على أموال مدينه ، كما أن للدائن ولو لم يكن طرفا فى الخصومة بنفسه أن يطعن فى الحكم الصادر فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية بالشروط التى رسمها القانون لأطراف الخصومة وذلك لما هو مقرر من أن الطعن يقبل مما كان طرفا بنفسه أو بمن ينوب عنه فى الخصومة التى انتهت بالحكم المطعون فيه ، كما يفيد الدائن من الطعن المرفوع من مدينه ويحتج عليه بالطعن المرفوع على هذا المدين ، ومن ثم فإن الطاعن إذا وجه استئنافه إلى المطعون ضدهما الأولين وأعلنهما به فى الميعاد القانونى فإنه لم يكن بعد ملزم بتوجيه الاستئناف أيضا إلى المطعون ضده الثالث الذى تدخل فى الدعوى أمام محكمة أول درجة منضما إلى مدينته المطعون ضدها الأولى إذ فى اختصاص هذه المدينة ما يغنى عن اختصاصه هو " .

(طعن رقم ١٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١)

مادة (١٤٦)

إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه .

الشرح

١٢٢- المقصود بالخلف الخاص :

الخلف الخاص هو من يتلقى من شخص آخر (سلفه) حقا كان قائما في ذمة هذا الشخص (السلف) ، سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا .

ومن الأمثلة على ذلك المشتري لعقار فهو يتلقى حقا عينيا على هذا العقار هو حق الملكية ، وكذلك المنتفع بعقار فهو يتلقى حقا عينيا على العقار هو حق الانتفاع والدائن المرتهن لعقار فهو يتلقى حقا عينيا هو الحق في الرهن .

والمحال له هو خلف خاص للمحيل في الحق المحال به ، وهو استخلاف في حق شخصي .

انتقال الالتزامات والحقوق إلى الخلف الخاص :

١٣٤- التمييز بين أثر انتقال الحق إلى الخلف وبين

انصراف أثر العقد الذي يبرمه السلف :

تنص المادة ١٤٦ على أنه أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه .

إلا أنه يجب التمييز بين أثر انتقال الحق إلى الخلف ، وبين انصراف أثر العقد الذي يبرمه السلف إليه .

فالحق الذي ينقله السلف إلى الخلف إنما ينقله إليه بالحالة التي كان السلف قد تلقاها عليه .

فإذا كان السلف قد تلقى الحق مقترنا بوصف كأجل أو شرط أو معرضا لطعن كالبطلان أو الفسخ أو محملا بتكاليف كحق ارتفاع ثم نقل هذا الحق إلى خلف خاص فإن الحق ينتقل إلى الخلف الخاص بأوضاعه وتكاليفه بموجب أثر الاستخلاف إعمالا للقاعدة التى تقضى بأن الشخص لا يملك أن ينقل إلى غيره أكثر مما كان له. أما إذا كان السلف بعد أن تلقى الحق وقبل أن ينقله إلى الخلف قد أبرم فى شأنه عقدا ولد حقوقا والتزامات تتصل بالشئ محل الحق، ففي هذه الصورة يثور التساؤل حول انصراف أثر هذا العقد بما ولده من حقوق والتزامات إلى الخلف ، وهذه هي الصورة التى تعرض لها المادة ، ومن ثم لا يكون هناك محل لإعمال المادة بالنسبة للأوصاف والتكاليف التى كانت تلحق بالحق عند تلقى السلف له ، لأنها إنما تنتقل إلى الخلف الخاص وفقا لمبادئ تلقى الحقوق أى بموجب الاستخلاف حيث لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما كان له . ولكن حكم المادة يعالج مدى انصراف أثر العقود التى يبرمها السلف - وتتعلق بالشئ محل الحق - إلى الخلف الخاص ، بحيث يكتسب ما أنتجته من حقوق ويلتزم بما فرضته من التزامات . وبمعنى آخر تعالج المادة مدى تأثير الخلف الخاص بصرفات السلف المتعلقة بالمال الذى آل إلى الخلف ^(١).

(١) - حمد كمال عبد العزيز ص ٤٧١ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى اكتسب الحائز بالتقادم ملكية أطيان عليها حق امتياز مقرر قبل بدء سريان التقادم فإنه يكتسب الملكية مثقلة بهذا الحق الذي يبيح لصاحبه حق التتبع واتخاذ إجراءات التنفيذ " .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٢/٥/١٩٧٥)

٢- " بيع المتجر وفق المادة ٢/٥٩٤ من التقنين المدني من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ينقل حقوق المستأجر والتزاماته للمتنازل إليه بما في ذلك عقد الإيجار ، ويصبح بدوره مستأجرا مثله ، بموجب البيع ، فيحل مشترى الجذك محل المستأجر الأصلي فيما له من حقوق وما عليه من التزامات متولدة عن عقد الإيجار ، ويكون للمؤجر التمسك قبله بالدفع التي كان يحق له إيدؤها في مواجهة المستأجر الأصلي عند حصول التنازل ، وينتقل عقد الإيجار التي المشتري محملا بما قد يشوبه من أسباب الفسخ أو البطلان " .

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ٧/٢/١٩٧٩)

٣- القضاء بفسخ عقد الإيجار ليس له من أثر رجعي ، إلا أنه لما كان الثابت أن عقد الإيجار كان وقت التصرف في بيع المقهى إلى الطاعة قابلا للفسخ وانتقل إليها محملا بهذا العيب ، وكان هذا التصرف ليس من شأنه أن يسقط حق المؤجر في طلب

الفسخ لمخالفة ارتكبتها المستأجر الأصلي قبل حصوله ، فإنه يترتب عليه انقضاء جميع التصرفات الناشئة عنه " .

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

١٢٥- لا تتحقق الخلافة الخاصة إلا إذا كان الحق قائما في ذمة السلف ثم انتقل بعد ذلك إلى الخلف :

لا تتحقق الخلافة الخاصة إلا إذا كان الحق قائما في ذمة السلف ثم انتقل بعد ذلك إلى الخلف كما هي الحال في الحوالة والنزول عن الإيجار . فالمحال له خلف خاص للمحيل في الحق المحال به ، لأن هذا الحق كان موجودا في ذمة المحيل ثم انتقل إلى المحال له . والمتنازل له عن الإيجار خلف خاص للمستأجر ، لأن الحقوق الناشئة عن عقد الإيجار كانت في ذمة المستأجر ثم انتقلت إلى المتنازل له . أما إنشاء حق شخصي ابتداء فلا ينطوي على خلافة ، وإنما يخلق علاقة دائنيه بين دائن ومدين . فمن يترتب له حق شخصي في ذمة شخص آخر لا يكون خلفا خاصا له ، بل يكون دائنا . فالمستأجر ليس خلفا للمؤجر بل هو دائن للمؤجر ، لأن العلاقة بينهما تقتصر على إنشاء حقوق شخصية وكذلك بالنسبة إلى المستأجر من الباطن في علاقته بالمستأجر الأصلي^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٦٧ وما بعدها - حلمي بهجت بنوى ص ٢٩٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه شيئاً سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً أو حقاً شخصياً أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء أما من يترتب له ابتداء حق شخصي في نعمة شخص آخر فلا يكون خلفاً خاصاً له بل يكون دائناً . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر بل هو دائن له إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار ولما كان التنازل عن الإيجار يتضمن حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر وحوالة دين بالنسبة إلى التزاماته فإنه يجب خضوعه من حيث صحته ونفاذه للقواعد العامة التي تحكم هذين التصرفين فلا ينفذ التنازل عن الإيجار كحوالة حق في حق المؤجر إلا من وقت إعلانه بالتنازل أو قبوله له - م ٣٠٥ مدني - ولا ينفذ كحوالة دين في حق الدائن إلا إذا أقرها - م ١/٣١٦ مدني - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قضى بإلزام الطاعنة بإيجار المشعاع باعتبارها خلفاً خاصاً للمستأجرة الأصلية - شركة المقطم للأعمال الهندسية - دون أن يستظهر واقعة التنازل عن الإيجار إلى الشركة الطاعنة ، وعناصره الواقعية من إعلان المؤجر بالتنازل أو قبوله له ، بالإضافة إلى بيان مصدر هذا التنازل ودليله والذي به وحده تتحقق الخلافة الخاصة للشركة الطاعنة بالنسبة لعقد إيجار المشعاعات فإنه يكون قد جاء مشوباً بالقصور الخ " .

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢)

١٣٦- الاستخلاف قاصر على الحقوق الشخصية :

يذهب رأى^(١) إلى أن الاستخلاف لا يكون إلا بالنسبة للحقوق الشخصية . يؤكد ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٦ ذاتها من أنه : "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ الخ " . وأن نص المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى التى كانت تقابل المادة المذكورة كانت تنص على أنه :

" إذا أنشأ العقد حقوقا والتزامات تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ... الخ " . إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلت نص هذه المادة بأن استبدلت بعبارة " إذا أنشأ العقد حقوقا والتزامات " عبارة " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية " وعللت ذلك بتقريرها بأن " النص يتعلق بالخلافة الخاصة ، ولا ينتقل من طريق هذه الخلافة إلا ما كان شخصا من الحقوق التى يولدها العقد ... " ^(٢).

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٢٩٩ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٧٨ - وعكس ذلك السنهورى ص ٤٤٧ - جلال العلوى ص ٢٣٨ - ويذهب الدكتور السنهورى في هامش (١) من الصحيفة المذكورة إلى أن : " ونحن فى هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذى انتقل إلى الخلف حقا شخصيا أو حقا عينيا ، خلافا لما ورد فى الأعمال التحضيرية أمام لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ " .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٧٧ وما بعدها - ويبين من مناقشات هذه اللجنة أن سعادة الرئيس قد اعترض على عدم تخصيص

وتفسير ذلك أن نقل الحق في الشيء تحكمه قاعدتان معروفتان
القاعدة الأولى : أن فاقد الشيء لايعطيه **والقاعدة الثانية :** أن
الملحقات تتبع الأصل. فمشتري العقار يتلقاه متقلا بحقوق الارتفاق
التي ترتبت عليه وينتفع بتلك الملحقة به مقرررة على عقار مجاور
طبقا لقواعد الحق العيني الذي انتقل إليه بعقد البيع ، وبالأذاة طبقا
للقاعدتين المشار إليهما - فاقد الشيء لايعطيه والملحقات تتبع
الأصل . فإذا كانت حقوق الارتفاق عقد أبرمه البائع مع جاره فلا
يقال إن عقد إنشاء الارتفاق قد نفذ في حق مشتري العقار طبقا
لقاعدة نفاذ أحكام العقد في حق أطرافه وخلفائهم . ذلك أن نفاذ
الارتفاق في حق المشتري ليس نفاذا لأحكام الداخلية لعقد إنشاء

تلك الحقوق **والالتزامات** بأنها شخصية إذ يفهم من عمومها أنها تتناول
الحقوق العينية وعلى هذا الأساس فهي مادة خطيرة في تطبيقها فقد يرهن
شخص عقاره إلى البنك العقاري في نظير مبلغ عشرة آلاف جنيه مثلا
ثم يبيع هذا العقار إلى آخرين فإذا نزع البنك ملكية هذا العقار لاستيفاء
دينه وكان الثمن الراسي به المزداد لايفي بهذا الدين فليس للبنك إلا أن
يرجع بالباقي على مدينه الأصلي ولكن طبقا لهذه المادة فله أن يرجع
على المشتريين من الراهن بذلك الباقي . هذا من جهة ومن جهة أخرى
فقد يتقادم العهد على التزامات وحقوق مثل تلك التي تشتطها شركات
تقسيم الأراضي في عقودها للأهالي والكشف العيني لايبين هذه
الالتزامات فمن الظلم إذا أن يتحملها مشتري بعد مضي خمس عشرة أو
عشرين سنة .

(المرجع السابق ص ٢٧٦ ومابعدها) .

الارتفاق وإنما هو نفاذا لأحكام الحق العيني نفسه ولا فرق في ذلك بين نفاذ هذا النوع من الارتفاق ونفاذ الارتفاق الذى يكون البائع أو الجار قد تملكه بالتقادم . وإذا أردنا رد هذا النفاذ إلى العقد قلنا أنه نفاذ لنتائج هذا العقد بوصفها وقائع قانونية لا بوصف العقد عملاً قانونياً . وهذا النفاذ يخرج عن القاعدة التى نحن بصددنا^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري بما يكملها وبما يحددها . ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتصيص عليه بالذات فى عقد البيع كى يمكن للمشتري التحدى به " .

(طعن رقم ٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٣/١/١٩٤٩)

١٣٧- الشروط الواجب توافرها لانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص :

يتضح من نص المادة ١٤٦ منى أنه يجب لانصراف أثر تصرف السلف إلى الخلف الخاص أن تتوافر شروط ثلاثة هي :

١- أن يكون التصرف الذى أنشأ الحقوق أو الالتزامات سابقاً على انتقال الشئ إلى الخلف .

٢- أن تكون الحقوق أو الالتزامات التى يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات المال الذى انتقل إلى الخلف .

(١) حلمى بهجت بنوى ص ٢٩٩ ومابعداها- أحمد حشمت أبو سميت ص ٢٧٨ .

٣- أن يعلم الخلف بالحقوق والالتزامات المترتبة على تصرف السلف وقت انتقال الشيء إليه .

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلي :

الشرط الأول :

أن يكون التصرف الذى أنشأ الحقوق أو الالتزامات سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف :

يشترط أن يكون التصرف الذى أنشأ الحقوق أو الالتزامات التى يقع فيها الاستخلاف سابقا فى إبرامه على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف . فلو أن شخصا أمن على منزله ضد الحريق ، ثم باعه انتقل حقه فى التأمين إلى المشتري .

أما إذا أبرم التأمين بعد البيع فإن الاستخلاف لا يحل فى الحق المتولد عنه . وإذا التزم شخص نحو جاره بألا يبني على أرضه أو بألا يبني عليها لأكثر من ارتفاع محدد ، حتى يمكنه من الهواء والنظر ، ثم باع الملتزم أرضه تلك فى تاريخ لاحق . انتقل الالتزام بعدم البناء إلى المشتري ^(١).

أما إذا كان البائع قد أبرم هذا الاتفاق بعد انتقال الشيء إلى المشتري ، فإن هذا الاتفاق لا يتصرف آثاره إلى الخلف .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٧٧ .

ومؤدى القواعد العامة هنا أن يكون السبق فى تاريخ نشوء الالتزام على البيع ثابتاً بوجه رسمى . وهذا ما أكدته مذكرة المشروع التمهيدى . بقولها : " أولها أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف لملكية الشئ ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ وفقاً لأحكام المادة ٥٣٠ من هذا المشروع ^(١) . ذلك أن المشتري بالنسبة إلى العقد الذى ولد الالتزام بالتقيد فى البناء مثلاً ، يعتبر من الغير ^(٢) . بيد أن فى تطلب علم الخلف الخاص بالعقد الذى أبرمه سلفه قبل خلافته إياه ، والذى يراد له أن ينصرف أثره إليه ، ما يغنى عن ثبوت تاريخه ، أو هو فى مقام ثبوت هذا التاريخ ، فما دام الخلف يعلم أن سلفه قد سبق له أن أبرم العقد الذى رتب الالتزام المتعلق بالشئ الذى صارت من بعد خلافته فيه ، فيكون غير ذى موضوع أن يحتاج بعدم ثبوت تاريخه بوجه رسمى ^(٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادة ١٤٦ من القانون المدنى أنها إذ تقر قاعدة عامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص اشترطت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٧٩ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٧٨ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٧٨ .

أن يكون انتقال ملكية الشيء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلى الخلف وأن يكون الخلف الخاص عالما بالعقد وقت انتقال الملكية إليه . وإذ لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ . فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ وبعد طريقا من طرق إثبات تاريخ الورقة العرفية فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه خلفا خاصا".

(طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١)

٢- " إذا كان العقد لايتناول أثره بوجه عام إلا أطرافه ومن يمثلونهم في التعاقد من خلف عام أو خاص ، فإنه لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف في إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى . ولما كان الطاعن يركن في إثبات ملكيته للمخبر باعتباره محلا تجاريا إلى عقد شرائه له بتاريخ من مالكة السابق وهو بهذا الوصف مستقل في ملكيته عن العقار الذي اشترته المورثة في تاريخ لاحق من مالك العقار وهو خلاف مالك المحل التجارى ومن ثم فإن عقد شراء المورثة للعقار الذى يقع به المحل التجارى لا يكون حجة على الطاعن الوارث مادام هو يستند في إثبات ملكيته إلى سبب آخر " .

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٩)

١٣٨. سرىان الشرط بالنسبة للأحكام :

يسرى الشرط سالف الذكر على الأحكام التى تصدر على السلف بإثبات حق أو التزام ، كما يسرى على العقود تماما . فإذا صدر حكم على السلف بإثبات حق أو التزام فإنه يشترط للاحتجاج به على الخلف الخاص أن يكون صادرا فى تاريخ سابق على أبولولة الشئ إلى الخلف الخاص . غير أنه إذا سجلت صحيفة الدعوى التى صدر فيها الحكم - فى الحالات التى يجوز فيها ذلك - قبل أبولولة الشئ إلى الخلف الخاص كان الحكم حجة عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الواقع فى الدعوى أن عقارا رسى مزاده على الطاعنين فنازعهم المطعون عليه فى شأن ملكية جزء منه تأسيسا على أنه يمثل جهة وقف وأن الوقف حصل على حكم ضد المدينة المنزوع ملكيتها قبل تسجيل حكم مرسى المزداد قضى بتبعية جزء من العين المنزوع ملكيتها له ، فإن هذا الحكم يكون حجة على الراسى عليهم المزداد - ذلك أن الراسى عليهم المزداد بوصفهم خلفا خاصا للمدينة تلقوا عنها الحق بمقتضى حكم مرسى المزداد ويعتبرون ممثلين فى شخص البائعة لهم فى الدعوى المقامة من جهة الوقف ضدها - ولايحول دون هذا التمثيل إلا أن يكون حكم مرسى المزداد قد سجل قبل صدور الحكم بتبعية جزء من العين لجهة

الوقف ، ولا عبرة بعد ذلك أن يكون هذا الحكم قد صدر ابتدائيا قبل تسجيل حكم مرسى المزاد - لأن الحجية تثبت للحكم ولو كان ابتدائيا ، ولا عبرة بعدم تسجيل جهة الوقف لصحيفة الدعوى ولا بعدم تسجيل الحكم ذلك لأن تمسك الراسى عليهم المزاد بحكم مرسى المزاد - وهو لم يصدر إلا بعد أن قضى بتبعية جزء من العين لجهة الوقف - يعتبر تمسكا بتصرف صادر من غير مالك مالم ينشئ للمتصرف إليهم - وهم المشترون بالمزاد - أى حق فى الملكية بالنسبة لذلك الجزء إذ التصرف الصادر من غير مالك لا يكسب بمجرد الحق العينى ولا يمكن أن يؤدى إلى كسب الملكية إلا بالتقادم الخمسى إذا توافرت شروطه وأهمها الحيازة فضلا عن السبب الصحيح وحسن النية " .

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٩/١/٢٢)

٢- " يشترط لقبول اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها حسبما تقضى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من قانون المرافعات السابق شرطان ، أولهما أن يكون المعارض ممن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن ماثلا فى الخصومة شخصيا . ثانيهما أن يثبت المعارض غش من كان يمثل أو تواطؤه أو إهماله الجسيم . فإذا كان المطعون عليه الأول قد سجل صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثانى قبل تسجيل الطاعنين (المشتريين من نفس البائع) عقد شرائهم وكان

مؤدى ذلك أن يكون الحكم الصادر فى تلك الدعوى حجة على البائع وعلى الطاعنين المشتريين فيه باعتبارهم خلفا خاصا فلا تنقطع صفة البائع (المطعون عليه الثانى) فى تمثيلهم ، ولا يقدح فى ذلك أن يسجل الطاعنون عقدهم قبل صدور الحكم إذ أن هذا التسجيل لا يصلح على إطلاقه للاحتجاج به على المطعون عليه الأول لسبق تسجيله صحيفة دعواه مما يجعل الاحتجاج بتسجيل الطاعنين لعقدهم منوطا بما عسى أن يحكم به فى الدعوى المشار إليها وتسجيل الحكم الصادر فيها ، وإذ لم يكن الطاعنون ماثلون فى الخصومة بأشخاصهم فإن الاعتراض منهم على الحكم المذكور يكون مقبولا إذا ما توافر الشرط الثانى من شرطى قبول اعتراض الخارج عن الخصومة " .

(طعن رقم ٥٨٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١١)

٣- " الحكم الذى يصدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حجة على المشتري الذى سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم ، وذلك على أساس أن المشتري يعتبر ممثلا فى شخص البائع له فى تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له " .

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٨)

٤- "مفاد المادة ١٤٦ من التقنين المنى أن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص لا يصادف محلاً إلا إذا كان متعلقاً بالشئ الذى انتقل إليه ، وكان عقد السلف سابقاً على العقد الذى بموجبه انتقل الشئ إلى الخلف ، أما العقود التى يبرمها السلف فى شأن الشئ المستخلف فيه بعد انتقاله إلى الخلف فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة إليها ولايسرى أثرها عليه ، والحكم كالعقد فى هذا الشأن فلايتعدى أثره ولاتمتد حجيته - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشئ إلى الخلف واكتسابه الحق عليه ، ولايكفى أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشئ إذا صدر الحكم فيما بعد " .

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢١)

٥- " إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن مصلحة الضرائب أوقعت حجزاً إدارياً على الجراج المنشأ بعين النزاع وباشرت بيعه بالمزاد العلنى استيفاء لدينها قبل المستأجر الأصلي ، فرساً البيع على الشركة الطاعنة فى ١٩٧١/١٢/٢٥ ، وكان المؤجر - المطعون عليه - لم ينازع فى أثر هذه الإجراءات على بقاء العلاقة الإيجارية بل واقتضى الأجرة من الشركة الطاعنة ، فإن العلاقة الإيجارية تصبح من هذا التاريخ قائمة بينهما مباشرة وتتقضى كل علاقة بين المؤجر وبين المستأجر الأصلي ، فإذا أقام

الأخير الدعوى رقم ضد المطعون عليه بطلب تحديد الأجرة لعين النزاع واستمرت الدعوى إلى ما بعد انقضاء العلاقة الإيجارية بينهما وأولولة حق الإجارة للشركة الطاعنة دون اختصاصها فيها وحتى صدور الحكم فى ١٩٧٣/١٢/٩ برفضها تأسيسا على ورود الإيجار على أرض فضاء وتأييد استئنافيا فى ١٩٧٥/١/٢٩ ، فإن الشركة لاتحتاج بهذا الحكم تبعا لصدوره فى تاريخ لاحق لحلولها محل المستأجر فى عقد الإيجار ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على محاجة الطاعنة بهذا الحكم وتحجب بذلك عن البحث فيما أقامت الطاعنة دفاعها عليه من أن الإيجار يرد على مكان وليس على مجرد أرض فضاء وأن البيع بالمزاد انصب على جندك خاص بجراج ، فإن يكون علاوة على خطئه فى تطبيق القانون قد شابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢١)

٦- " الحكم الذى يصدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يعتبر حجة على المشتري الذى سجل عقد شرائه بعد صدوره وذلك على أساس أن المشتري يعتبر ممثلا فى شخص البائع له فى تلك الدعوى المقامة ضده إذ أنه خلف خاص له " .

(طعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠)

الشرط الثاني :

أن تكون الحقوق أو الالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات الشيء الذي تنتقل إلى الخلف .

يجب أن تكون الحقوق أو الالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات الشيء الذي انتقل إلى الخلف .

فإذا كان تصرف السلف قد أبرم في شأن آخر غير الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص فلا مجال للبحث في انصراف أثر هذا التصرف إلى الخلف . كأن يكون السلف قد عقد قرضاً ، ثم باع بعد ذلك منزله ، ففي هذه الحالة لا يكون للمشتري شأن ما بعده القرض لأنه لا صلة بين عقد القرض والمنزل المبيع ^(١) .

ويعتبر تصرف السلف متعلقاً بالمال الذي انتقل إلى الخلف حسب تعبير المادة ١٤٦ إذا كانت الالتزامات والحقوق التي أنشأها العقد " من مستلزماته " .

ويرى - بحق - بعض الفقهاء أن عبارة " من مستلزماته " ، هي عبارة بعيدة كل البعد عن التوفيق . إذ أن معناها الحرفي هو الأمور التي يتحتم تواجدها حتى يؤدي الشيء الغاية المقصودة منه . وليس هذا هو المقصود في الخلافة الخاصة بطبيعة الحال ^(٢) .

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١١٥ - المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد

التفتين المندى الجزء الأول دار المطبوعات الجامعية ص ٨٠٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٨٠ .

وإنما المقصود من عبارة النص - وهو ما يتفق عليه الفقه والقضاء - لزوم اتصال الحقوق والالتزامات بالشئ الذى يحصل عليه الاستخلاف فيه اتصالا مباشرا .

فتكون الحقوق المترتبة للشئ ، هى التى من شأنها أن تزيد الحق فى قيمة الشئ أو منافعه أو تحفظه أو تقويه .

أما الالتزامات المقررة على الشئ ، فهى التى من شأنها أن تفرض قيودا عليه أو تضيق من نطاقه . ويمكن تبرير انتقالها إلى الخلف الخاص بأنها كانت تحد من حق المتصرف وهولايملك أن ينقل إلى غيره أكثر مما لديه لأن فاقد الشئ لايعطيه (١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

- ١- " مؤدى نص المادة ١٤٦ من القانون المدنى أو من يكتسب ممن يستخلفه حقا عينيا على شئ معين يلتزم بما تعاقده عليه السلف متعلقا بهذا الشئ متى كان هذا التعاقد سابقا على انتقال هذا الحق العينى إليه وكان ما يرتبه العقد السابق من حقوق أو التزامات من مستلزمات الشئ وكان الخلف عالما بها وقت انتقال الحق إليه ، ولما كانت الالتزامات تعتبر من مستلزمات الشئ إذا كانت محددة له بأن تفرض عليه قيودا أو تضيق من نطاقه وكان من آثار عقد

(١) السنهورى ص ٤٤٦ - سمير عبد السيد تناغو ص ١١٦ - عبد المنعم الصده ص ٣٧٠ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٧٠ .

البيع نقل ملكية المبيع من رقبة ومنفعة إلى المشتري - ما لم ينص العقد على قصرها على أحدهما - بما يكملها وبما يحددها ، فإن ما يتعاقد عليه السلف محددًا لنطاق انتفاعه بالشئ يلتزم به الخلف متى كان عالمًا به وقت التعاقد ، باعتبار المنفعة من مستلزمات الشئ الذى انتقل إليه كأثر من آثار عقد البيع " .

(طعن رقم ١٦٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢١)

٢- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن المقرر أن المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر بل هي قد تكون مبادلة حق انتفاع بحق انتفاع ويسرى عليها فى الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعًا للشئ الذى كان مملوكًا له وقايض به ، ومشتريًا للشئ الذى كان مملوكًا للطرف الآخر وقايض هو عليه ، والآثار التى تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ، فيلزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشئ الذى قايض به إلى الطرف الآخر كما يلتزم بتسليمه إياه وبضمان التعرض والاستحقاق ، ومن المقرر كذلك أن مشتري العقار المتبادل عليه يعد خلفًا خاصًا لبائعه ، ولما كانت المادة ١٤٦ من القانون المدنى تنص على أنه " إذا نشأ العقد التزامات أو حقوقًا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف من الوقت الذى ينتقل فيه

الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه " مما مفاده أنه إن كان الأصل في الخلف الخاص أنه يعتبر من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقود أجزاها سلفه قبل الشراء ، إلا أن هذه الغيرية تتحسر عنه متى كان عالما بالتصرف السابق وكانت الالتزامات الناشئة عن العقد اعتبرت من مستلزمات الشيء وهي تكون كذلك إذا كانت مكملة له كعقود التأمين أو إذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع بالشيء وتغل اليد عن مباشرة بعض الحقوق عليه ، لما كان ذلك - وكان من آثار عقد المقايضة على المنفعة أنه ينصب على ثمار العقارين محل التبادل، وبذلك تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن ذلك العقد من مستلزمات الشيء المتبادل عليه ، لما كان ذلك فإن المطعون ضده الخامس (المشتري لعقار النزاع) لو ثبت علمه بعقد البديل يعتبر خلفا للمطعون ضدهم الأربعة الأول (الباعين) فتتصرف إليه آثار عقد المقايضة المؤرخ ١٩٣٤/١٠/٩ وملحقه في ١٩٦٨/١٠/٣١ خاصة فيما يتعلق بضمان التعرض وفقا لتفسير الحكم المطعون فيه ، لما كان ما تقدم وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يرد على دفاع الطاعن القائل بأنه يضع يده على عقار النزاع استنادا لعقد البديل سالف البيان وأنه لم يفسخ اتفاقا أو قضاء وأن التسليم يضر بحقوقه المتولدة عن العقد ، ولم يرد عليه رغم أنه دفاع جوهري لو

صح لتغيير به وجه الرأى فى الدعوى بالنسبة لما تضمنه عقد الصلح من التزام البائعين بالتسليم والذى قضى بإلحاقه بمحضر الجلسة واعتباره سنداً تنفيذياً ، فإنه يكون قد أخل بحق الطاعن فى الدفاع وخالف بذلك القانون بما يستوجب نقضه فى خصوص تسليم عين النزاع " .

(طعن رقم ١٨٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/١)

ونعرض فيما يلى لبعض التطبيقات لمستلزمات الشئ بالمعنى الذى قدمناه .

(أ) الحقوق المكملة للشئ :

من أمثلة هذه الحقوق :

١- الحقوق الشخصية التى يكون الغرض منها درء ضرر عن الشئ ، لأن الحق الذى يقصد به وقاية الشئ من الضرر يعد مكملًا لهذا الشئ إذ هو يحفظه ، كما إذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل إلى المشتري . وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين .

أو إذا كان حق السلف فى صورة ضمان شخصى كالكفالة ، إذ أن ذلك ما يحفظ الحق ويقويه .

أو الحق في عدم المنافسة الذي تعهد به شخص لبائع المتجر^(١).
٣- أن يتفق صاحب عمارة مع شركة مصاعد على أن تتولى الإشراف على مصعده وعلى صيانته ، اعتبر حقه الناشئ من هذا العقد من الحقوق المكملة فإذا بيعت العمارة انتقل هذا الحق إلى المشتري .

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكملًا للشيء فإنه لا ينقل إلى الخلف ، ومثال ذلك .

١- حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشيء الذي انتقل إلى الخلف أو درء الخطر عنه . كأن يتعاقد مقاول لإقامة بناء على الأرض التي انتقلت إلى الخلف ، فلا ينقل حق السلف إلى الخلف .
وحق صاحب السيارة إذا استأجر مكانا تأوى إليه السيارة (جراج) فإذا باعها لم ينتقل هذا الحق إلى المشتري .

٢- حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . كأن يشتري طبيب أرضا يقيم عليها مستشفى متقلا ، وتعاقد مع بعض المعامل على

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٨٠- ويضيف الدكتور السهنوري ص ٤٧؛ إلى هذه الأمثلة : الحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الشيء كما إذا رتب السلف حق ارتفاق العين ، فإن الخلف الذي تنتقل إليه العين يتلقاها متمتعة بهذا الحق .
وهذا يتمشى مع رأيه الذي أشرنا إليه سلفا في انصراف أثر العقد إلى الخلف يشمل الحقوق العينية .

توريد أدوية معينة في أوقات محددة لهذا المستشفى ، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشتري للأرض بعد نقل المستشفى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التي بيعت .

٣- إذا باع شخص جزءا من قطعة أرض وبنى المشتري على هذا الجزء مصنعا لتوليد الكهرباء ، واشترط البائع على المشتري أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض ، فإن هذا الشرط لا ينتفع به المشتري لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع^(١).

(ب) الالتزامات المحددة للشيء :

مثال هذه الالتزامات المحددة للشيء ما يأتي :

- ١- أن يتعهد صاحب أرض ألا يتجاوز بالبناء عليها ارتفاعا محددا ، أو أن يتعهد بأن يترك عند البناء فيها قدرا معيناً من المساحة بغير بناء . فإن هذا الالتزام ينتقل إلى الخلف الخاص^(٢).
- ٢- أن يكون بائع المنزل قد التزم بعدم تحويل منزله إلى مقهى أو فندق أو التزم نحو جاره بهدم حائط يحجب عن الجار الضوء ، فإن هذا الالتزام ينتقل إلى الخلف الخاص .

(١) السنهوري ص ٤٤٨ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٨١ .

٣- أن تبسيع الحكومة أرضا ، وتشترط على المشتري أنها إذا نزع ملكيتها للمنفعة العامة في خلال مدة معينة فلا تلزم إلا برد الثمن ، فإن هذا الشرط ينتقل إلى الخلف الخاص .

٤- التزام السلف بعدم مباشرة تجارته في جهة معينة منعا للمنافسة ، فينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص ^(١).

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء الذي انتقل إلى الخلف ، فلا ينتقل مع الشيء إلى الخلف ومثال ذلك :

١- التزام السلف الذي لا يتقل العين أو يمنع من استعمال بعض حقوقها . كاتفاق بائع الأرض مع مقول لإقامة بناء على الأرض التي انتقلت إلى الخلف . والتزام بائع السيارة الذي استأجر جراجا لإيوائها ^(٢).

٢- التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته فليس على من اشترى ما وهب لبائعه على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته قضاء شيء من ذلك ^(٣).

الشرط الثالث :

أن يعطى الخلف بالحقوق والالتزامات المترتبة على تصرف السلف وقت انتقال الشيء إليه :

-
- (١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٨٠ .
(٢) الدكتور نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام الجزء الأول مصادر الالتزام ص ٣٣٥ .
(٣) السنهوري ص ٤٥٠ - عبد المنعم الصده ص ٣٧٠ .

يشترط أن يعلم الخلف بالحقوق والالتزامات المترتبة على تصرف السلف . وأن يكون هذا العلم وقت انتقال الشيء إليه . ويلاحظ أن اشتراط علم الخلف يكون مفهوما بالنسبة للالتزامات التي تنتقل إليه . إذ تكون للخلف مصلحة جديّة في الوقوف على القيود التي تحد من انتفاعه بالمال الذي تلقاه من السلف . وقد يترتب على علمه بهذه الالتزامات أن يحجم عن التعاقد . فالعدالة ظاهرة في ضرورة العلم بهذه الالتزامات حتى لا يفاجأ الخلف بقيود لم تكن في حسبته .

ولكنه لا يبدو مفهوما بالنسبة للحقوق التي يستفيد منها إذا تمخضت هذه الحقوق لمصلحته وكانت دون مقابل . لذلك يتجه فريق من الفقه إلى عدم اشتراط علم الخلف بهذه الحقوق . أو على الأقل عدم اشتراط علمه بها وقت انتقال الشيء إليه ، بل يكفي علمه بالحق الذي يستخلص من مطالبته بالحق بعد انتقال الشيء إليه ^(١) . وهذا العلم يجب أن يكون علما يقينيا ، لا حكيميا ، فلا يكفي أن يكون بوسع الخلف الخاص أن يعلم بها ، وإنما يجب أن يعلم بها فعلا ^(٢) .

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١١٩ - المستشار الدكتور محمد شتا ص ٨١١ - قرب المنهوى ص ٤٥٠ - جلال العدوي ص ٢٣٨ - نبيل سعد ص ٣٣٦ .

(٢) المنهوى ص ٤٥٠ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٧٩ - سمير تناغو ص ١٨٨ - المستشار أنور طلبه المطول في شرح القانون المدني ج ٣ الطبعة الأولى ص ١٢ .

وكانت المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى
المقابلة للمادة (١٤٦) مدنى تنص على أن : " وكان الخلف الخاص
يعلم بها أو يستطيع أن يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه " أى أنها
كانت تكتفى بإمكان العلم بها . إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس
الشيوخ حذفت عبارة " أو يستطيع أن يعلم بها " وعللت ذلك فى
تقريرها " حتى يقتصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من
الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به
لدقة الوضع ^(١) .

وعلى ذلك فالغير الذى تعاقده مع السلف لا يستطيع إلزام الخلف
بالالتزامات المترتبة على هذا التصرف ، إلا إذا أثبت علم الخلف
بهذه الالتزامات ، وقت تلقيه الحق من السلف . أما إن رجع الخلف
على الغير بالحقوق الناتجة عن التصرف كان للغير إثبات عدم علم
الخلف لدفع رجوع الأخير عليه .

١٢٩- هل يعتبر المستأجر خلفا خاصا للمؤجر ؟

ذكرنا سلفا أن الخلف الخاص هو من يتلقى من شخص آخر
(سلفه) حقا كان قائما فى ذمة هذا الشخص (السلف) ، سواء كان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٧٤ وما بعدها - ومن رأى أن
الاستخلاف يثبت فى الحقوق العينية يذهب إلى أنه يغنى عن العلم
التسجيل أو القيد فى الحقوق التى يجب شهرها طبقا للقواعد العامة
(المشهورى ص ٤٥٠) .

هذا الحق عينيا أو شخصيا. والمستأجر لا يتلقى حقا من المؤجر وإنما يرتب له عقد الإيجار حقا شخصيا في ذمة المؤجر ومن ثم يكون المستأجر دائنا للمؤجر وليس خلفا خاصا له .
غير أن المشرع نص في المادة ٦٠٤ من القانون المدني على أنه :

١٠- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية .
٢- ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه " . فبموجب هذه المادة اعتبر المشرع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار مكملية لملكية العين المؤجرة من ناحية ومحددة لها من ناحية أخرى بحيث تدخل في مقومات هذه العين وتنتقل معها إلى من تلقى ملكيتها .
ولو لا حكم هذه المادة لما أمكن اعتبار الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد الإيجار من مستلزمات العين التي انتقلت إلى الخلف .

وقد تغاضى في المشرع عن الشرط الثالث من شروط الاستخلاف فلم يستلزم لنفاذ الإيجار في حق من انتقلت إليه الملكية أن يكون الأخير على علم به وقت انتقال الملكية . ويعتبر حكم المادة ٦٠٤

فسيما يتعلق بذلك خروجاً على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ ومعنى ذلك أن الإيجار ينصرف إلى الخلف بحكم القانون.

ولما كان علم الخلف الخاص بالإيجار يعد طريقة من طرق ثبوت التاريخ ومن ثم يكون علم الخلف بالإيجار مانعاً له من الاحتجاج بعدم ثبوت تاريخ الإيجار وعدم سريانه في حقه . كما أنه ينتقل إليه الإيجار إذا تمسك به . ولو لم يكن الإيجار ثابت التاريخ.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد المادتين ١٤٦ و ٦٠٤ من القانون المدني مرتبطتين أنه إذا كان الإيجار ثابت التاريخ وسابقاً على التصرف الذي نقل الملكية إلى الخلف أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الخلف تمسك به أو كان على علم بوجوده عند انتقال الملكية فإن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي كافة التزاماته نحوه ، وتثبت للخلف هذه الحقوق والالتزامات دون حاجة لاشتراط علم الخلف بها وقت انتقال الشيء إليه ، اعتباراً بأن المشرع حوّل القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من التقنين المدني عند تطبيقها تطبيقاً تشريعياً على حالة انصراف أثر الإيجار إلى من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة وفقاً للتنظيم القانوني الذي قرره . ويقصد بنفاذ الإيجار في حق الخلف الخاص للمؤجر كل ما نشأ عن العلاقة

الإيجارية من التزامات وحقوق تتصل بالمكان المؤجر بحيث يصبح الخلف طرفا فى العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة شريطة ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها ، وفى هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل هذه الآثار للخلف إلا طبقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ١٤٦ مدنى . يؤيد هذا النظر أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى كان يتضمن نصا صريحا بأنه إذا كن الإيجار نافذا فى حق من انتقلت إليه الملكية أو لم يكن نافذا ولكن تمسك هو به فإنه يحل محل المؤجر فى جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والالتزامات . ولئن حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فإن هذه القواعد تشير إلى هذا الحكم الذى تضمنه النص المحذوف . لما كان ذلك وكانت الشركة الطاعنة لاتجادل فى انصراف أثر عقود إيجار المطعون عليهم إليها باعتبارها خلفا خاصا ، ولاتعيب على الحكم المطعون فيه ما انتهى إليه من التزام المالك السابق بتركيب مصعد للعمارة ولا فى أن هذا الالتزام نشأ قبل انتقال ملكية العين المؤجرة إليها ، وكان الالتزام بتركيب المصعد يتصل اتصالا وثيقا بالعلاقة الإيجارية ويعتبر بحسب طبيعته مترتبا عليها ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون إذ أغفل التحدث عن ركن العلم فى هذا الصدد " .

(طعن رقم ٤٦٨ لسنة ٤٣ قى جلسة ١٩٧٦/٦/٩)

١٤٠. تقاضى السلف خلو رجل ومقدم إيجار على خلاف القانون لايسرى فى حق الخلف الخاص :

لاينتقل إلى الخلف الخاص إلا ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من التزامات وحقوق تتصل بالعين المؤجرة بحيث يصبح الخلف طرفا فى العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة ، شريطة ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها ، ومن ثم فإن تقاضى السلف خلو رجل ومقدم إيجار لاينتقل آثاره إلى الخلف الخاص ، لأنها لاتعتبر التزاما متصلا اتصالا وثيقا بالعلاقة الإيجارية ، كما لا يعتبر بحسب طبيعته مترتبا عليها .

أما إذا كان تقاضى خلو الرجل أو مقدم الإيجار مشروعاً ومتفقاً عليه فى العقد ، فإن آثاره تنتقل إلى الخلف الخاص .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أن مفاد المادتين ١٤٦ ، ٦٠٤ من القانون المدنى مرتبطتين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان الإيجار ثابت التاريخ وسابقا على التصرف الذى نقل للملكية إلى الخلف أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الخلف تمسك به أو كان على علم بوجوده عند انتقال الملكية إليه فإن أثر

الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي كافة التزامات نحوه وتثبت للخلف هذه الحقوق والالتزامات دون حاجة لاشتراط علم الخلف بها وقت انتقال الشيء إليه اعتباراً بأن المشرع حور القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من التقنين المدني عند تطبيقها تطبيقاً تشريعياً على حالة انصراف أثر الإيجار إلى من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة وفقاً للتطبيق القانوني الذي قرره ويقصد بنفاد الإيجار في حق الخلف الخاص للمؤجر كل ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من الالتزامات وحقوق تتصل بالمكان المؤجر بحيث يصبح الخلف طرفاً في العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة شريطة ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها ففي هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل هذه الآثار للخلف إلا طبقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ١٤٦ مدني ، يؤيد هذا النظر أن المشروع التمهيدى للقانون المدني كان يتضمن نصاً صريحاً بأنه إذا كان الإيجار نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية أو لم يكن نافذاً ولكن تمسك هو به فإنه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والتزامات ولئن حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فإن هذه القواعد تشير إلى ذات الحكم الذي تضمنه النص

المحذوف . وتقوم التشريعات الجنائية الحديثة على مبدأ شخصية العقوبة - ويعنى هذا المبدأ أن العقوبة لايجوز أن تنزل بغير من يسأل عن الجريمة ولو كان واحداً من أفراد أسرة المسئول أو كان من ورثته . لما كان ذلك ، وكان الواقع المطروح فى الدعوى أن مبلغ خلو الرجل ومقدم الإيجار المدفوعان من الطاعن للمالك السابق - وهما جريمة جنائية - لم يتفق عليهما فى عقد الإيجار كما وأنهما ليسا من مستلزمات العين المؤجرة ، وأن الثابت أن الحكم الصادر فى اللجنة رقم ١٣٧١ لسنة ١٩٨٥ أمن دولة الساحل والذى قضى برد مبلغ خلو الرجل للطاعن قد صدر ضد المالك السابق ، وأن مبلغ مقدم الإيجار فقد أقر تمسك الطاعن بصحيفة الاستئناف بأنه قد استحصل من المالك السابق على شيك بقيمة المبلغ المذكور وهو وثائقه بخصوص تحصيل قيمته أو تنفيذ ما قضى به الحكم الجنائى، بما مفاده أن المطعون ضدها - المالكة الحالية لعين النزاع - لاتعتبر وإن انتقلت إليها ملكية العقار من سلفها مسئولة عن الوفاء بالمبالغ التى تقاضاها المالك السابق باعتبارها التزاما لايتمصل إتصالا وثيقاً بالعلاقة الإيجارية ولايعتبر بحسب طبيعته مترتباً عليها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وببنى قضاءه بعدم حلول المطعون ضدها بوصفها خلف خاص للمالك السابق بخصوص التزامها برد المبلغ المشار إليه فإنه يكون قد تضمن

قضاء ضمناً على ما لم يأخذ من مستندات الطاعن ولم تظمن إليها المحكمة فلا يعيبه أنه أغفل الرد عليها استقلالاً ومن ثم فإن الحكم يكون طبق صحيح حكم القانون على واقعة الدعوى ويصحى النعى عليه بهذه الأسباب يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٥١١٩ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢)

مادة (١٤٧)

- ١- العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون .
- ٢- ومع ذلك إذ طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

الشرح

١٤١- العقد شريعة المتعاقدين :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على أن : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون " .

فالقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين . وقد عبر الشارع الفرنسى عن هذه القاعدة فى المادة ١١٣٤ فرنسى بقوله إن الاتفاقات التى تمت على وجه شرعى تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عقليها . ففىما بين المتعاقدين يكون مضمون العقد واجب التنفيذ ، فهما يحترمانه ويلتزمان به كما هو الشأن بالنسبة إلى قاعدة ينص عليها القانون . وهذه القاعدة ليست سوى نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة ، فمادام

أن الشارع يعترف للإرادة بسلطان فى حدود النظام العام والآداب ، فإن ماتتعد عليه إرادة الطرفين يكون بالنسبة إليهما بمثابة قانون واجب الاحترام ^(١).

وقانون العقد إنما يستمد قوته من قانون للدولة ، وكل منهما يستند أخيرا إلى فكرة العدل .

والعقد لا يكون شريعة للمتعاقدين إلا إذا توافرت له شروط انعقاده وشروط صحته ^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" العقد شريعة المتعاقدين ولكنه شريعة اتفاقية ، فهو يلزم عاقيه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا . والأصل أنه لايجوز لأحد طرفى التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولايجوز ذلك للقاضى ، لأنه لايتولى إنشاء العقود عن عاقيدها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء للعاقدين ، فلا يجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضى عاقيه - ويكون هذا التراضى بمثابة تعاقد جديد - أو لسبب من الأسباب المقررة فى القانون ، كما هو الشأن فى أسباب الرجوع فى الهبة " ^(٣).

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٢٩ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٣٨ .

(٢) سمير عبد السيد تناغو ص ١٥٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٧٩ وملبدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن هذا النعي شديد ، ذلك أن النص في المادة ١٤٧ من القانون المدني على أن: "العقد شريعة المتعاقدين" ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون ."

يندرج - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن العقد هو قانون المتعاقدين والخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون ويمتنع على أي من المتعاقدين نقض العقد أو تعديله ، كما يمتنع ذلك على القاضي وعليه أن يلتزم بعبارة العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين . لما كان ذلك وكان الثابت من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/٢/١٢ أنه أورد التزام الطاعن بدفع باقي الثمن فأوجب عليه أداء مبلغ ٥٠٠ جنيه عند إدخال المنقولات في العين المتعاقدة عليها علي أن يقسط الباقي على أقساط سنوية بواقع ١٠٠٠ جنيه للقسط الواحد. مما يكشف عن غرض من عبارات العقد في إرجاء بدء سداد ما يتبقى من الثمن إلى حين تمكين الطاعن من إدخال منقولاته فيها وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى في قضائه إلى أن الطاعن لم يقدم الدليل على وفائه لباقي الثمن دون أن يفتن إلى ما ورد بالعقد من إرجاء السداد حتى تتحقق موجباته ورتب على ذلك قضاؤه برفض طلب التسليم. فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه .

(طعن رقم ٣٠٤٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٧/٦)

وقد أقتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأن:

استبان للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع أن المادة ١٤٧ من القانون المدني تنص على أنه "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بتفريق الطرفين ... كما تنص المادة ١٤٨ من ذات القانون على أن "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريق تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أن مقضى هاتين المادتين أنه يتلقى لإحدى طرفي العقد يصبح مضمونه ملزماً منهما ، فلا يجوز لأيهما أن يتصل من التزاماته الناشئة عنه بإرادته المنفردة وإنما يتعين على كل منهما أن ينفذ التزاماته طبقاً لمضمون العقد وأن يتوخى في ذلك حسن النية .

ومرر مجلس الدولة بتطبيق ما تقدم على وقائع النزاع ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن هيئة كهرباء الربيع تعاقدت مع محافظة الغربية على توصيل التيار الكهربائي لعمليتي مياه بهيت الحجره والشاوية وبايعت الخواص الأهلية كعمليه توصيل التيار الكهربائي لمحطه الحماوية بمبلغ ١٠٠٠٠٠ جنيه قامت المحافظة بمسداد مبلغ ٨٥٩٠٠ جنيه ولم يطمئن الأهلية بمبلغ ١٠٠٠٠٠ جنيه وهو الادعاء الذي نظرت بمحطه الحماوية وتمت بتمت موزمة بمسداد مبلغ ٤٠٢٥٠ باقى تكاليف العمليه.

(٢٠٠٦/٢٧ تمسك ع ٢٢ تمسك ٢٠٠٦ وقا ع ١)

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى إلزام محافظة الغربية بأداء مبلغ ٤٠٢٥ جنيه لهيئة كهرباء الريف كباقي قيمة توصيل التيار الكهربائي لمحطة المياه التابعة للمحافظة " .

(فتوى رقم ٧٧٣ فى ١٠/٥/١٩٩٦ جلسة ١٩٩٦/٨/٧ ملف رقم ٢١٨٧/٢/٣٢)

وقاعدة للعقد شريعة المتعاقدين ليست مطلقة بل تقبل بعض الاستثناءات . لأنه إذا كان العقد يستند فى أساسه إلى فكرة العدل وإلى قوة القانون . فإنه يخضع أيضا فى حياته لتأثير فكرة العدل ، وتطور غايات القانون .

ومن ثم يرد على هذه القاعدة استثناءان ، نعرض لهما فى

البند التالى .

استثناءان على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين :

١٤٢- الاستثناء الأول :

نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين :

يجوز للطرفين الاتفاق على نقض العقد أو تعديله ، ويقوم ذلك على أساس أنه مادام العقد قد انعقد بالتراضى ، فإنه يمكن تعديله بالتراضى . ولما كان تعديل العقد بالتراضى يخضع لما اتفق عليه المتعاقدان .

وهذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا جديدا تطبق عليه القواعد العامة للعقد ، شأنه في ذلك شأن أى عقد من العقود ^(١) . ومثل ذلك أن يتفق البائع والمشتري على اعتبار البيع الذى سبق لهما إبرامه كأن لم يكن ، أو على منح المشتري أجلا للوفاء بالثمن .

بل إنه فى بعض الأحيان يتضمن العقد نفسه شرطا يمنح عاقيه أو أحدهما حق الرجوع عنه أو إجراء تعديل فى أحكامه . ومثال ذلك : التعلد بالعربون (المادة ١٠٣ / ١ منى) ، وتضمن عقد الإيجار شرطا يخول المستأجر إنهاءه قبل فوات مدته . أو على منح المشتري أجلا للوفاء بالثمن ^(٢) .

١٤٣- الاستثناء الثانى :

نقض العقد أو تعديله لسبب من الأسباب التى يقررها القانون:

العقد فى هذا الاستثناء قد انعقد صحيحا ملزما لأطرافه منتجا لآثاره . وبالرغم من ذلك يسمح القانون للقاضى أن يتدخل لتعديل هذا العقد . ويجب عدم الخلط بين تعديل العقد الصحيح لسبب من الأسباب التى يقررها القانون، وبين تعديل العقد الباطل نتيجة لبطلانه، كما هو الشأن فى حالة تخفيض الفوائد أو الأجرة المتفق عليها إلى الحد الأقصى الذى فرضه القانون .

(١) جلال الحوى ص ٢٥٢ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٣٩ - عبد المنعم الصده ص ٣٣٠ .

كذلك لا يجب الخلط بين تعديل العقد الصحيح لسبب من الأسباب التي يقرها القانون ، وتعديل العقد القابل للإبطال بدلا من إبطاله ، كما هو الشأن مثلا إذا أنقص القاضى التزامات المتعاقد المغبون ^(١) . والأمثلة على هذا الاستثناء كثيرة منها .

١- انعقاد العقد بطريق الإذعان :

تنص المادة ١٤٩ مدنى على أنه : " إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .
(أنظر فى التفصيل شرح المادة المذكورة) .

٢- حالة المدين الاستثنائية :

تنص المادة ٣٤٦ مدنى فى فقرتها الثانية على أنه : " يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم " .
ومن هذا النص يتضح أنه إذا كانت حالة المدين الاستثنائية تستدعى منحه أجلا أو آجالا لتنفيذ التزامه ، فإنه يجوز للقاضى إذا لم يمنعه نص من ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم ، أن يمنح

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٢٩ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٣٨ .

المدين هذا الأجل الذى يطلق عليه نظرة الميسرة . ولاشك فى أن منح الأجل يعد تعديلا للعقد الذى يلزم المدين بتنفيذ التزامه فورا . إلا أنه إذا كانت حالة المدين الاستثنائية تجيز للقاضى أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه ، فإنه لا تجيز له أن تخفض من التزامه . فحالة المدين الاستثنائية حالة خاصة تختلف عن الظروف الاستثنائية العامة التى تجيز للقاضى أن يرد التزام المرهق إلى الحد المعقول^(١) كما سنرى .

٣- سلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى :

تنص المادة ٢٢٤ مدنى على أن :

١- لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

٢- ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه .

٣- إلخ .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة المذكورة) .

٤- انتهاء الموكل للوكالة أو تقيدها :

تنص المادة ٧١٥ مدنى على أن :

(١) جلال على العدوى ص ٢٥٣ ومابعدا .

١- يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدھا ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . فإذا كانت الوكالة بأجر إلخ " .

٢- غير أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدھا دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه " .

كما تنص المادة ٧١٦ على أن :

" يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، ويتم التنازل بإعلانه للموكل . فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول " .

٢- غير أنه لايجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبى إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن يخطر الأجنبى بهذا التنازل . وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه " .

٥- الرجوع فى الهبة :

تنص المادة ٥٠٠ منى على أن :

١- يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك.

٢- فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع ، متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع " .

٦- ومن أهم الحالات التى يجوز فيها للقاضى تعديل العقد ، بنص القانون الحالة التى تطرأ فيها حوادث استثنائية عامة وهذا ما سنعرض له فى البند التالى .

١٤٤- تعديل العقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة :

نظرية الحوادث الطارئة من الأمثلة الهامة التي خول المشرع القاضى فيها سلطة تعديل العقد .

وهذه النظرية نص عليها المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ بقوله .

١- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

١٤٥- فكرة نظرية الحوادث الطارئة :

نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى نص مستحدث أخذ فيه الشارع بنظرية الحوادث الطارئة *théorie de l'impré vision* وتتخلص فكرة هذه النظرية فى أن هناك عقودا يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال ، ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا ، فيصبح تنفيذ الالتزام شاقا على المدين ومرهقا له إلى الحد الذى يجعله مهددا بخسارة فادحة، الأمر الذى يجيز للقاضى أن يتدخل ليوزع تبعه هذا

الحادث على عاتق الطرفين وبذلك يرد الالتزام المهرق إلى الحد المعقول .
مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد سلعة ، ثم يحصل قبل حلول
ميعاد التوريد أن يرتفع ثمن هذه السلعة إلى ثمانية أضعاف ثمنها
وقت العقد ، وذلك بسبب قيام حرب فجائية أدت إلى تعذر ورودها
من الخارج ، فيصبح هذا الشخص مهددا بخسارة جسيمة تجاوز
الحد المألوف في مثل هذه الحالة ، وحينئذ يجوز للقاضي أن يعدل
التزام المدين بحيث يقف به عند الحدود المعقولة .

والنظرية على هذا النحو تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد .
فهى تؤدى وظيفة تقابل الوظيفة التى تقوم بها نظريتا الاستغلال
والإذعان عند تكوين العقد . غير أن هاتين الأخيرتين تواجهان
استغلال من طرف قوى لطرف ضعيف ، ولهذا كان الجزاء فيهما
أن يرفع عن الطرف الضعيف كل ما لحقه من غبن . أما نظرية
الحوادث الطارئة فتعالج عاقبة حادث لايد فيه لأى من المتعاقدين ،
ولهذا كان أثرها توزيع هذا الحادث على عاتق الطرفين .

كما أنها تحقق توازنا إلى حد ما بين التنفيذ العينى للعقد وتنفيذه
بطريق التعويض . ففى هذا النوع الأخير من التنفيذ لايلزم المدين
إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه وقت التعاقد وهذه
النظرية تقرب المدين فى التنفيذ العينى من القدر الذى كان يمكن
توقعه وقت العقد .

وقد اختلف الرأي فى أساس هذه النظرية . فقيل إنه المبدأ الذى يقضى بأن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية ، وقيل إنه المبدأ الذى يقضى بأن المدين فى الالتزام التعاقدى لا يدفع تعويضا إلا عن الضرر المتوقع ، وقيل إنه مبدأ الإثراء بلا سبب ، وقيل إنه نظرية السبب ، وقيل إنه نظرية التعسف فى استعمال الحق . وعلى كل من هذه الآراء مآخذ . ويبدو فى نظر البعض الآخر - وهو ما نؤيده - أن الأساس هو العدالة ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يلى ^(٢) :

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٣١ ومابعدها - سمير عبد السيد تناغو ص ١٥٦ -

مجموعة التحضيرية ج ٢ ص ٢٨١ .

(٢) التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة :

نظرية الحوادث الطارئة حديثة العهد فى القانون المعاصر ، فلم يأخذ بها الرومان ، لشدة تمسكهم بأهداب الفردية .

وإنما ظهرت هذه النظرية أولا فى القانون الكنسى فى العصور الوسطى . فكان رجال الكنيسة لا يجيزون الغبن سواء كان ذلك فى تكوين العقد أو فى تنفيذه ، فهو فى كلا الحالين ربا محرم .

وقد أقام فقهاء القانون الكنسى هذه النظرية على أن هناك شرطا ضمنيا فى العقد مقتضاه أن الظروف التى وجدت عند تكوين العقد لا تتغير تغيرا جوهريا عند تنفيذه ، فلا يلتزم المدين بتنفيذ العقد على النحو المتفق عليه إلا إذا لم تتغير هذه الظروف ، فإذا تغيرت وجب تعديل الالتزام بحيث يعود التوازن الذى اختل بسبب هذا التغير .

وقد عرفت النظرية في الشريعة الإسلامية . وكان لها تطبيقات بالنسبة إلى بعض العقود ، وعلى الأخص عقد الإيجار .
وفي القانون الفرنسي القديم قوى مبدأ سلطان الإرادة ، وقوى تبعاً لذلك الاعتدال بالقوة الملزمة للعقد ، فترتب على ذلك أن اختصت هذه النظرية .
وفى مصر رفض الفقه والقضاء الأخذ بهذه النظرية - فـ غدا ما صرح القانون بتطبيقها كما هو الحال في فرنسا ، وحدث أن أخذت محكمة استئناف مصر الوطنية بهذه النظرية في قضية معروفة تتلخص فى أن شخصاً تعاقد مع مصلحة الحدود على أن يورد لها كمية من الأترة بسعر معين فورد جزءاً ثم امتنع عن توريد الباقي بعد أن ارتفع السعر على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنينين وربيع إلى ما يزيد على خمسة جنيهات (استئناف مصر الوطنية فى ٩ أبريل ١٩٣١) إلا أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم (طعن رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق جلسة ١٥/٥/١٩٤٧) ، واطرد القضاء على ذلك .

وظل منهجه على هذا النحو حتى فيما يدخل فى زمرة العقود الإدارية التى كانت تدخل حينذاك فى ولاية المحاكم ومن أهم القضايا التى عرضت فى هذا الشأن فى ظل القانون القديم ، تلك الخاصة بتوريد الأترة العويجة لمصلحة الحدود . وتتخلص هذه القضية فى أن شخصاً تعهد بتوريد كمية من الأترة لمصلحة الحدود ، فى وقت كانت خاضعة فيه للتسعيرة الجبرية ، ثم حدث فى أثناء سريان العقد أن رفعت تلك التسعيرة ، الأمر الذى أدى إلى زيادة سعر الأترة إلى أكثر من الضعف . فامتنع المورد عن الاستمرار فى التوريد متنزعا بالطرف الطارئ . وقد تجاوزت معه محكمة استئناف مصر ، مقررة وجوب أعمال نظرية الظروف الطارئة ، تمثيا مع اعتبارات العدالة وروح الإنصاف التى تقتضى بوجوب مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب (استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣١) ، إلا أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم (طعن رقم ٢٧ لسنة ١ ق جلسة ٢٤/١/١٩٣٢) .

غير أن المشرع الفرنسي أخذ ببعض التطبيقات المحدودة لنظرية الحوادث الطارئة ، عقب الحريين العالميتين الأولى والثانية ، كما هو الشأن في تأجيل الديون ووضع تسعير جبرى لبعض الحاجيات والسلع الغذائية . ولكن هذه التطبيقات كانت بمثابة الاستثناء الذى يؤكد القاعدة وهى عدم المساس بالعقد . وعلى خلاف ذلك أخذ القضاء الإدارى فى فرنسا بهذه النظرية على أوسع نطاق وطبقها على العقود الإدارية . والسبب الذى حدا به إلى ذلك هو رغبته فى استمرار المرافق العامة ، لاسيما تلك التى يعهد بإدارتها للأفراد أو للشركات فى أداء خدماتها للجمهور . وقد أخذ بها مجلس الدولة الفرنسى بعد الحرب العالمية الأولى فى قضية معروفة لشركة الغاز بمدينة بر دو ، إذ كانت الشركة ملزمة بتوريد الغاز للمدين بسعر معين ثم لرتفع سعر الفحم اللازم لإنتاج الغاز من ٢٨ فرنكا للطن فى سنة ١٩١٣ إلى ٧٣ فرنكا فى سنة ١٩١٥ فعاد مجلس الدولة للعقد بما يتفق مع هذا الارتفاع فى السعر (مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٠ يونيو ١٩١٦) ثم توالى أحكامه فى هذا المعنى بعد ذلك .

ثم أخذت النظرية تظهر فى بعض التقنيات المدنية الحديثة ، وكان أول هذه التقنيات هو التقنين البولونى الذى نص فى المادة ٢٦٩ منه على أنه : " إذا جرت حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلكا كليا أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد ، جاز للمحكمة ، إذا رأت ضرورة ذلك ، تطبيقا لمبادئ حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره ، بل وأن تقضى بفسخ العقد " .

ثم جاء النص على النظرية بعد ذلك فى القانون المدنى الإيطالى الجديد الذى يقرر فى المادة ١٤٦٧ منه على أنه : " فى العقود ذات التنفيذ

المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية ، جاز لهذا المتعاقد أن يطلب فسخ العقد وللمتعقد الآخر أن يتوقى طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة .

ولقد حرص القانون المدنى المصرى الجديد على أن يصرح بتبنيه نظرية الظروف الطارئة ، كمبدأ عام شامل ، فتضمن نصا خاصا يقررها فيه هو نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ كما رأينا .

(راجع عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٤١ ومابعداها - عبد المنعم الصده ص ٣٣١ ومابعداها - سمير عبد السيد تناغو ص ١٥٦ ومابعداها) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

٢٠- وقد استحدث المشروع فى الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ حكما بالغ الأهمية إذ استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التى تحجر على القضاء تعديل العقود ، وقد باهر القضاء الإدارى فى فرنسا إلى قبول هذا المبدأ ، ومضى فى هذا السبيل قدما مخالفا فى ذلك ما جرى عليه القضاء المدنى ، ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت مذهب القضاء المدنى فى فرنسا ، فلم تر الأخذ بنظرية الطوارئ غير المتوقعة ، وألغت فى هذه المناسبة حكما أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا رأى ، وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولونى (المادة ٢٦٩) فيما أورد من أحكام تشريعية فى هذا الشأن ، إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين :

(أ) فإيراعى من ناحية أنه رسم فى وضوح ما يفرق بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود . ففى الحالة الأولى ، يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى على حد تعبير المشروع مرهقا يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلا ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هى التى تتحقق فيها هذه الاستحالة .

٣- " وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة ، فهي تستهدف للنقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضي . بيد أن المشرع قد جهد في أن يكفل لها نصيبا من الاستقرار ، فأضفى عليها صبغة مادية ، يتجلى أثرها في تحديد الطارئ غير المتوقع ، وفي إعمال الجزاء الذي يترتب على قيامه ، فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء يقدره تقديرا ذاتيا أو شخصا ، كما فعل التقنين البولوني في نصه على إثبات خيار المحكمة في هذا الصدد ، إذا رأت ضرورة لذلك ، بل اتخذ المشروع من عبارة " إن اقتضت العدالة ذلك " بديلا من هذا النص وهي عبارة تحمل في ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعي النزعة ، وفضلا عن ذلك فإذا تثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع ، وعمد إلى إعمال الجزاء بانقصاص الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة ، فهو ينقص منه إلى " الحد المعقول " وهذا قيد آخر مادي الصبغة لانتظير له في التقنين البولوني .

(ب) ويراعى من ناحية أخرى أنه قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه ، دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصبغة ، على نحو ما فعل التقنين البولندي ، على أن هذا التقنين قد أخطأ التوفيق في هذا الصدد ، إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول بأسره ، في بعض ما ساق من تطبيقات ، فخلط بذلك بين العلة والمعلول .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٨٠) .

٤- ولما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة ، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها ، فمن الأهمية بمكان أن تستبين وجوه التفارقة بين النظريتين . فالطارئ غير المتوقع تنظمه مع القوة فكسرة المفاجأة والحثم ، ولكنه يفترق عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام . فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة ، دون أن يبلغ به حد الاستحالة ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء ، فالقوة القاهرة تفضى إلى انقضاء الالتزام ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعثها كاملة . أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المعقول ، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعثه (ومن ذلك أنظر المادة ٢٦٩ من التقنين البولونى وهى تخول فى حالة الطارئ غير المتوقع حق تعيين طريقة التنفيذ أو مقدار الالتزام ، بل والحكم بفسخ التعاقد) .

٥- بقيت بعد ذلك ملاحظات ثلاث :

(أ) فيلاحظ أولا أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست ، على وجه الإجمال إلا بسطة فى نطاق نظرية الاستغلال . فالغبن إذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقا له (وهى حالة الحادث غير المتوقع) لايعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام، فقد يكون سببا فى بطلانه أو فى انتقاصه على الأقل .

(ب) ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة تقيم ضرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه عن طريق التعويض إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ بأن المدين لا يلتزم " إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ العيني إلى حد بعيد على ما كان فى الوسع أن يتوقع عقلاً وقت انعقاد العقد .

(ج) ويراعى أخيراً أن تطبيق نظرية الطوارئ غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته ، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد بل يجاوز ذلك إلى تعديله ^(١) .

١٤٦- شروط تطبيق نظرية الحوادث الطارئة :

يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة توافر ستة شروط هى :

- ١- أن يقع حادث استثنائى .
- ٢- أن يكون الحادث عاماً .
- ٣- أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد .
- ٤- أن يكون الحادث غير ممكن تقاذه لو دفعه .
- ٥- أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه .
- ٦- أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٢ ص ٢٨١ وما بعدها .

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلي .

الشرط الأول :

أن يقع حادث استثنائي :

يجب لتطبيق النظرية أن يقع حادث استثنائي . والمقصود بالحادث الاستثنائي ذلك الذي ينذر حصوله .

ومن الحوادث الطارئة ما يعتبر استثنائيا بمجرد ، وذلك لندرة وقوعه كحرب أو زلزال أو وباء أو فرض تسعيرة جبرية أو إلغائها أو استيلاء إداري .

ومنها ما يكثر وقوعه فلا يكون استثنائيا بحيث لا يؤدي إلى انطباق النظرية إلا إذا بلغ حدا يجاوز المألوف ، كفيضان عال إلى درجة ينذر وقوعها أو ارتفاع في الأسعار إلى حد كبير أو غارة لأسراب هائلة من الجراد تزيد على القدر المألوف بدرجة كبيرة^(١) .
والعاصفة الغير منتظرة يصح أن تكون ظرفا استثنائيا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان البين من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا أمام محكمة الموضوع بأن عاصفة غير متوقعة قد هبت وأتلفت نصف الثمار المبيعة وطلبا تحقيق ذلك وفقا لنص المادة ١٤٧ من القانون المدني ،

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٣٦ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣١٨ - جلال العدوي ص ٢٥٦ .

وكان الحكم المطعون فيه قد حجب نفسه عن بحث هذا السدفاع تأسيسا على مجرد القول بأن الرياح على إطلاقها تعتبر قوة قاهرة تندرج ضمن الحوادث الاستثنائية العامة المنصوص عليها في المادة المشار إليها ، في حين أن العاصفة للغير منتظرة يصح أن تعتبر قوة قاهرة في تطبيق هذه المادة متى توافرت شروطها فإنه يكون مشوبا بالقصور في التسبيب وإخلال بحق الدفاع .

(طعن رقم ٢٦٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨)

والمادة ٢/١٤٧ لم تقيد الحادث بأن يكون عملا أو واقعة مادية . ومن ثم يجوز أن يكون الحادث تشريعا . وبالتطبيق لذلك يعتبر صدور المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعي حادثا طارئا ، إذ ترتب عليه انخفاض أثمان الأراضي الزراعية عامة ، ومن ثم تطبق نظرية الحوادث الطارئة على كافة الأراضي المبيعة ، التي ينطبق عليها شروط للنظرية ولو لم تكن من الأراضي التي استولى عليها الإصلاح الزراعي .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ قد توافرت في قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فهو بحكم كونه قانونا يعتبر حادثا عاما كما أنه حادث استثنائي لم يكن في الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه . ولا يغير من ذلك كونه تشريعا

ذلك أن نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني قد أطلق التعبير عن الحادث فلم يقيد به بأن يكون عملاً أو واقعة مادية . والنتيجة التي رتبها القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ - وما تضمنته مذكرته الإيضاحية - لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار قانون الإصلاح الزراعي ظرفاً طارئاً * .

(ب) - " إذا كان القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ قد اقتصر على إعمال أثر نظرية الحوادث الطارئة على خصوصية بعينها وهي حالة ما إذا استولت الحكومة طبقاً لقانون الإصلاح الزراعي على أرض كان المستولى لديه قد اشتراها بعقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ وكان الأجل المعين لوفائه بالثمن كله أو بعضه يحل أصلاً بعد هذا التاريخ فإن تدخل المشرع في هذه الحالة لم يقصد به قصر إعمال النظرية عليها وحده وإنما قصد به تنظيم العلاقة فيما بين البائع والمشتري على وجه معين عن طريق تحديد ما يجب أدائه من ثمن الأطنان المباعة التي أخضعت للاستيلاء حتى لا تختلف معايير التقدير في شأنها . وقد حرص القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ على أن ينص في نهاية المادة الأولى على أن حكمه لا يخل بحقوق الطرفين طبقاً لأحكام القانون المدني بالنسبة لباقي الصفقة ومن هذه الأحكام ، حكم الظروف الطارئة . ولو كان اتجاه المشرع إلى قصر تطبيق الحكم المذكور بالنسبة لعقود البيع

المؤجل فيها الثمن على الخصوصية التي عالجها في تلك المادة وإلى إنفاذ حكم العقد فيما عداها لقرر أن باقى الصفقة يخضع لحكم العقد أو لأغفل الإشارة كلية إلى ما يتبع فى شأنه " .

(ج) - " لا يكفى فى نفى قيام شرط الإرهاق - كشرط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة - القول بأن قانون الإصلاح الزراعى ليس سببا فى هبوط ثمن الأقطان وإنما يرجع ذلك إلى انخفاض أسعار القطن ذلك أنه علاوة على أن المشرع قد قرر فى مذكرته الإيضاحية للقانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ بأنه قد ترتب على صدور قانون الإصلاح الزراعى انخفاض أثمان الأراضى الزراعية وتحديد قيمتها الإيجارية ، فإنه يجب أن ينظر عند تقدير الإرهاق إلى الصفقة التى أبرم فى شأنها العقد مثار النزاع مما يتعين معه على المحكمة أن تبحث أثر هذا القانون على ذات الصفقة محل التعاقد " .

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٢- " قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ توافرت فيه الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ ، فهو بحكم كونه قانونا يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء النقض - حادثا عاما واستثنائيا لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه ، ولا يغير من

ذلك كونه تشريعيا ، ذلك أن نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني قد أطلق التعبير عن الحادث فلم يقيد بأن يكون عملا أو واقعة مادية ، كما أنه لا يغير من تطبيق هذه المادة أن البيع - موضوع الداعي - وقد اشترط فيه تقسيط الثمن بأن لا تنطبق عليه أحكامها ، إذ أن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على عقود البيع التي يكون الثمن كله أو بعضه مؤجلا أو مقسطا ، ذلك أن تطبيق حكم المادة ٣/١٤٧ من القانون المدني عليها لا يحول دون إعمال الجزاء المنصوص عليه فيها ، وهو رد الالتزام إلى الحد المعقول على الوجه الذى يتطلبه القانون ، لأن القاضى لا يعمل هذا الجزاء إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أما باقى الأقساط المستقبلية ، فإن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا بزوال أثر ذلك الحادث عند استحقاقها ، ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الأداءات فى عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/٢٢)

٣- " لا يجوز الاستئثار فى نفي الارهاق الذى تتطلبه المادة

٢/١٤٧ مدنى إلى أنه لم يترتب على قانون الإصلاح الزراعى انخفاض فى أثمان الأراضي التى لم يجر الاستيلاء عليها ذلك أن

المشروع قد أقر في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ بأن ترتب على صدور قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ انخفاض ثمن الأراضي الزراعية عامة ، كما أقرت بذلك وزارة المالية في المذكرة المقدمة منها إلى مجلس الوزراء والذي وافق عليها المجلس بجلسته المنعقدة في ١١ من أغسطس سنة ١٩٥٣ .

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

الشرط الثاني :

أن يكون الحادث عاما :

لا يكفي أن يكون الحادث استثنائيا ، بل يجب أن يكون عاما .
والمقصود بكون الحادث عاما ألا يكون الحادث خاصا بالمدين ، بل شاملا لعدد كبير من الناس .

ومثل الحادث العام الذي يجب وجوده ، الفيضان العالي غير المنتظر الذي يغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء أو تسعيرة جبرية (١).

(١) السنهوري ص ٥٢٥ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣١٨ - وحال مناقشة النص بلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تسامع سعادة الرئيس عما إذا كان انتشار الدودة وخصوصا في مناطق شمال الدلتا يعتبر حادثا استثنائيا عاما من عدمه فإذا افترضنا أن الشخص قد عمل كل ما في

ومثل الحادث الذى يتعلق بنسرين وحيد
الحادث العنم ، إفلاس المدين أو موته
حريق محصوله .

وكانت المادة (٢/٢١٣) من المشروع
المقابلة للمادة (٢/١٤٧) منسوخة
طرأت حوادث استثنائية ، إلا أن لجنة المراجعة
"عامة" بعد عبارة "حوادث استثنائية" وجاءت
أن "المصادق بإضافة هذا الوصف أن الحوادث
تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة
الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة
الأرضى ... الخ" (١).

وسعه لدرء هذا الخطر ولم يهمل فى ذلك فما الحكم ، إذ المشاهد أن
الدولة تهتك بالزراعة فتكا ثريعا فى تلك المناطق .
فلأجله عده محرم يك بأن هذا الخطر لا يعتبر حادثا استثنائيا عاما لأنه
خطر مصدره الإهمال ويمكن دفعه فضلا عن أنه خطر متوقع وبذلك
لا ينطبق عليه النص ولكن غارة الجراد خطر غير متوقع وينطبق عليه
النص .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٨٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٨٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط في الحادث الطارئ من حيث طبيعته أن يكون حادثاً استثنائياً عاماً ، غير ممكن توقعه ، ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع ، ويكون الحادث الاستثنائي عاماً إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس ، وإذا لم يتناول قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بنصوصه التي صدر بها في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ أمر تخفيض المساحة التي تزرع محاصيل معينة ، وكان الحكم المطعون فيه لم يبين الأسباب التي استند إليها في اعتبار تخفيض المساحة التي تزرع قصباً حادثاً استثنائياً عاماً يحيز للقضاء التدخل تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، فإن الحكم يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب "

(طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٥)

٢- "مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط في الحادث الطارئ أن يكون حادثاً استثنائياً عاماً غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع ، ويكون الحادث الطارئ عاماً إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس والمعيار في توافره ما اشترط النص في وصف الحوادث المشار إليها من أنها تلك التي لم يكن في الوسع توقعها هو

ألا يكون في مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصولها لو وجد في ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما إذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه ، وتقدير هذا الأمر هو مما يدخل في نطاق سلطة قاضى الموضوع متى أقام قضاؤه على أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٥٨ ، لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٤)

٣- " تشترط الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى لإجابة المدين إلى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة إلى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق له ، أن تكون هذه الحوادث عامة غير متوقعة الحصول وقت التعاقد . والبحث. فيما إذا كان الحادث غير عام وبما فى وسع الشخص العادى أن يتوقعه أو أنه من الحوادث العامة الطارئة الغير متوقعة هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع مادام يقوم على أسباب تؤدى إلى ما انتهى إليه " .

(طعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١)

الشرط الثالث :

أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد :
يجب أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد .
فنظرية الظروف الطارئة ، كنظرية القوة القاهرة تماما ، لا تكون

إلا بالنسبة للأحداث التي لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد .

فإذا كان المدين قد توقع الحادث ، أو لم يتوقعه ولكن كان في استطاعة الشخص المعتاد في مثل ظروف المدين أن يتوقعه ، فإن الشرط لا يتحقق .

والمعيار هنا موضوعي وليس معيارا ذاتيا قولمه نفس المعتاد الذي يتمسك بالنظرية .

وهذا واضح من التعبير الذي اختاره الشارع . فلو أن حريا مثلا كانت وشيكة الوقوع عند إبرام العقد ، بحيث كان الرجل المعتاد يتوقع حينئذ اندلاعها ، ما اعتبرت ظرفا طارئا إذا ما اندلعت ، إلا بالنسبة إلى ما ترتبه من نتائج غير متوقعة ، وذلك حتى لو كان المدين نفسه لم يتوقع نشوبها . ولكن إذا بلغ المدين من الفطنة حدا جعله ، بخلاف غيره من سواد الناس ، يتوقع حصول الحادث عند إبرام العقد ، ما استطاع أن يفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، بحجة أن الرجل المعتاد لم يتوقع الحادث ، لأنه لايسوغ له أن يتأذى من حصول أمر كان يتوقع هو وقوعه ودخل بذلك في اعتباره حينما ارتضى العقد^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٤٨ وهامش (٢)

وكون الحادث متوقعا أو غير متوقع مسألة واقع ، تخضع فى تقديرها لقاضى الموضوع ، بدون معقب عليه فى تقديره لمحكمة النقض ، مادام يبنى حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن قوام نظرية الظروف الطارئة أو عمل الحاكم أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد . فإذا كان الحكم قد نفى ذلك فيما أورده من أسباب ومنها أن رفع سعر اللحم لم يكن ظرفا طارئا غير متوقع إذا كان على كل متبصر بالأمور أن يتوقع زيادة فيه مادامت الحرب قائمة ، فهذا تقرير موضوعى لايجدى معه تمسك الطاعن بتلك النظرية " .

(طعن رقم ٧٤ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٨)

٢- (أ) - " تشترط المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى لإجابة المدين إلى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة إلى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق ، أن تكون هذه الحوادث غير متوقعة الحصول وقت التعاقد ، والمعيار فى توافر هذا الشرط - طبقا لما جرت به عبارة المادة سالفة الذكر - هو ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصولها ولو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد ، بصرف النظر عما إذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه " .

(ب) - " البحث فيما إذا كان الحادث مما فى وسع الشخص العادى أن يتوقعه أو أنه من الحوادث الطارئة للغير متوقعة ، هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع مادام يقوم على أسباب تؤدى إلى ما انتهى إليه ، وإذ نفى الحكم لأسباب سائغة عنصر المفاجأة فى صدور القانون ١٦٨ لسنة ١٩٦١ بتخفيض أجرة الأماكن ، وكان تخفيض إيجار المساكن بالقوانين السابقة التى أبرم الاتفاق بين الطرفين فى ظلها ، ينفى عنصر المفاجأة لدى الشخص العادى من صدور القوانين المماثلة اللاحقة ، باعتبار أن هذه القوانين جميعها تقوم على الحفاظ على التوازن بين مصلحة المؤجر فى الحصول على الثمرة المشروعة من تأجير عقاره ومصلحة المستأجر فى أن يتوقى سوء الاستغلال الذى قد يتمسك به المؤجر ضده (وهو ما يصدق أيضا على القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥) فإن الحكم لا يكون قد شابه فساد فى الاستدلال أو قصور " .

(طعن رقم ٣١٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١١/١١)

٣- " قوام نظرية الحوادث الطارئة فى معنى المادة ١٤٧ من القانون المدنى هو أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد والمعيار فى توافر هذا الشرط - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- معيار مجرد مناطه ألا يكون فى مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد فى ذات الظروف عند التعاقد، دون اعتداد بما وقر فى ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول

أو عدم توقعه والبحث فيما إذا كان الحادث الطارئ هو مما فى وسع الشخص العادى توقعه أو أنه من الحوادث الطارئة مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع طالما أقامها على أسباب مؤدية إلى ما انتهى إليه " .

(طعن رقم ٤٤٨ لسنة ٤٣ قى جلسة ١٩٧٨/١/١١)

٤- " نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى يشترط لإجابة المدين إلى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة إلى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق له أن تكون هذه الحوادث عامة وغير متوقعة الحصول وقت التعاقد وكان تقدير عمومية الحادث وتقدير توقعه وقت التعاقد ومدى إرهاق الالتزام للمدين نتيجة لذلك مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع مادام قد أقام قضاؤه على أسباب سائغة تكفى لحمله . فإنه لا على المحكمة أن هى لم تستجب إلى طلب الخصم إحالة الدعوى إلى خبير مادامت قد وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها . وإنه ولئن كان لايجوز للقاضى أن يحكم بعلمه الخاص إلا أنه غير ممنوع من الحكم بالعلم العام . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه فى هذا الصدد على ما توفر من علم عام بتحديد أسلوب الدولة وظهور بؤادر الانفتاح الاقتصادى وقت التعاقد مما يجعل غلاء الأسعار أمراً متوقعا وليس

حادثاً مفاجئاً فضلاً عن أن تنفيذ البائعين لالتزامهم بتسليم الأرض المبيعة المدفوع جزء من ثمنها وقت التعاقد ليس مرهقاً لهم .

(طعن رقم ١٣٥٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٣١)

٥- " قوام نظرية الظروف الطارئة في معنى المادة ١٤٧ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن يكون الحادث استثنائياً وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد ، والمعيار في توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه ألا يكون في مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد دون ما اعتداد بما وقر في ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه " .

(طعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩)

(راجع أيضاً طعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١

منشور ببند ١٤٤) .

الشرط الرابع :

أن يكون الحادث غير ممكن تفاديه أو دفعه :

يجب أن يكون الحادث غير ممكن تفاديه أو دفعه .

فإذا وقع حادث استثنائي عام ، ولكنه كان من الممكن تفاديه أو كان من الممكن درء النتائج المترتبة عليه ببذل الجهد المعقول ، ما جاز سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة شأنها في ذلك شأن

نظرية القوة القاهرة تماما . إذ أن المدين هنا يعتبر مقصرا ، ولايستطيع أن يحمل دأئنه نتائج تقصيره .

ومعيار إمكان تقادى الحادث أو دقعه هو معيار موضوعى مجرد أساسه الرجل العادى ، وليس معيارا ذاتيا قوامه المدين نفسه . وهذه المسألة هى مسألة واقع تدخل فى حدود سلطة قاضى الموضوع التقديرية ^(١) .

الشرط الخامس :

أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه :

يجب أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه . فالسمة الأساسية التى يتصف بها الحادث الذى يخول تطبيق نظرية الحوادث الطارئة هو أن يكون طارئا بمعنى أن يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه .

فإذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد ، ما نهض سببا لتعديل آثاره . إذ المفروض هنا أن المتعاقدين قد علما به . وارتضيا العقد على اعتبار وجوده . على أنه إذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد ، على غير علم من المتعاقد ، كان لهذا أن يفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة لوجود المبرر الذى دعا إليها .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٤٩ - عبد المنعم الصده ص ٣٣٧ .

وكذلك لا تنطبق النظرية إذا كان الحادث قد وقع بعد تنفيذ العقد بالنسبة إلى كل آثاره . فإن كان العقد عند وقوع الحادث ، قد تنفذ بالنسبة إلى بعض آثاره دون بعضها الآخر ، سرت النظرية بالنسبة إلى القدر الذى لم يتنفذ منه ، دون ذاك الذى تنفذ .

غير أنه إذا كان تراخى المدين فى الوفاء بالتزامه إلى ما بعد طرء الحادث راجعا إلى تقصيره ، فإنه لا يفيد بالضرورة من نظرية الظروف الطارئة . لأنه لا يحق للمدين أن يفيد على حساب دائنه من خطأ يكون قد ارتكبه إزاءه . وكذلك لا يجوز إعمال النظرية إذا كان وقوع الحادث الطارئ بعد منح نظرة الميسرة من القاضى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ نصت المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى ... أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " فقد دلت على أنها إنما تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ فى فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذى رتبته فإن كان الالتزام قد نفذ فإنه ينقضى وعندئذ يمتنع انطباق نظرية الحوادث الطارئة -

المنصوص عليها في المادة المذكورة - لأنها إنما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد " .

(طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠)

٢- " لا ينال من تطبيق نظرية الحوادث الطارئة على عقود البيع التي يكون فيها الثمن كله أو بعضه مؤجلا القول بأن إرجاء دفع الثمن قصد به التيسير على المشتري فلا ينبغي أن يضار به البائع ذلك أن الأجل شرط من شروط التعاقد على الصفقة أصلا لولاه لما تمكن البائع من إبرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه فلا يعتبر والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن تفضيلا من البائع " .

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٣- " تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني على عقود البيع التي يكون فيها الثمن مؤجلا أو مقسطا لا يحول دون إعمال الجزاء المنصوص عليه فيها - وهو رد الالتزام إلى الحد المعقول - على الوجه الذي يتطلبه القانون ذلك أن القاضي لا يعمل هذا الجزاء إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي ثبتت له أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقاً له بحيث يهدده بخسارة فلاحاً لما باقى الأقساط المستقبلية فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالاً بزوال ذلك الحادث

عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط في ذلك شأن الأداءات في عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة .

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٤- " في حالة إعمال حكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين المدني على عقود البيع التي يكون فيها الثمن مقسما يجب على القاضى ألا يعمل الجزاء المنصوص عليه في الفقرة إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدد بخسارة فادحة ، أما باقى الأقساط المستقبلية فإن القاضى لا يعمل في شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا لزوال أثر هذا الطارئ عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط في ذلك شأن الأداءات في عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة ، كما أنه لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط التي حلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين في الوفاء بها حتى وقع الحادث ، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعا إلى خطأ المدين ."

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٥- " مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني أن نظرية الظروف الطارئة إنما ترد على الالتزام الذى لم ينفذ ، أو على

الجانِب الذى لم يتم تنفيذه منه ، أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ، فإنه ينقضى بالوفاء ويمتنع خضوعه لأحكام الظروف الطارئة " .

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٩)

وإذا كان شرط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يكون التزام المدين قائما فى كله أو فى بعضه عند طروء الحادث (باستثناء حالتي التقصير ونظرة الميسرة) ، فإنه لا يهم بعد ذلك أن يكون الالتزام المقابل متراجيا تنفيذه بنوره أم أنه قد تنفذ بالفعل ^(١).

٢- " لايشترط - فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى - أن تكون الالتزامات المتبادلة متراجية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ بل يكفي وجود التزام على أحد المتعاقدين متراجي التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ ثم صار مرهقا للمدين ، دون ما اعتبار بكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراجيا كذلك " .

(طعن رقم ٢٥٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

ولئن كان المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام التعاقدى فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى دون أن يخصص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه ، فإن النص يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٤٩ ومابعدهما .

على جميع العقود التى يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام ، فتطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين .

غير أنه يستثنى من ذلك العقود الاحتمالية فتلك من عقود الضرر كالمقامرة والرهان والمضاربة والمرتب مدى الحياة والتأمين لأنها بطبيعتها تحتل الكسب الكبير كما تحتل الخسارة الفادحة^(١).

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض إذ قضت بأن :

١- " تنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على أنه .." إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد العقول ... " وإذ يبين من هذا النص أن المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام التعاقدى دون أن يخصص نوعاً من الالتزام التعاقدى بعينه وإنما أورد النص عاماً بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين إبرامها وبين

(١) المنهورى ٥٢٤ وهامش (١) - المستشار أنور طلبه ص ٢٤ - نبيل إبراهيم سعد ص ٢٨٩ ومابعدها .

تنفيذها فترة من الزمن بطراً خلالها حادث استثنائي علم غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين فإن هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورية كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقيق حكمة التشريع في الحالتين وهي إصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التي طرأت خلال هذه الفترة وذلك يرفع العنت عن المدين تمكيناً من تنفيذ التزامه دون إرهاب كبير وهذا الإرهاب كما يحدث في الالتزامات التي تنفذ بصفة دورية أو مستمرة يحدث كذلك في الالتزامات المؤجلة التنفيذ على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصيره ، كما أن هذه النظرية لا تنطبق على " عقود الغرر " إذ أنها تعرض - بطبيعتها - العاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة .

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٢- " إذا كان الحكم قد أقام قضاءه برفض إعمال نظرية الحوادث الطارئة على أن عقود بيع القطن الآجلة " الكونترلات " تقوم بطبيعتها على فكرة المخاطرة والمضاربة على المستقبل وأنه

لذلك يتعين على المتعاقد أن يتوقع فيها جميع الاحتمالات والحوادث الطارئة التي قد تؤثر في التزامه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة فإنه لا يكون قد خالف صحيح القانون ويحمل الرد على ما أثاره الطاعن من بطلان العقد لانطوائه على مقامرة ذلك أنه مادام العقد بطبيعته من شأنه أن يعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو مكسب كبير فإنه لا يجوز إبطاله لمجرد انطوائه على المقامرة أو المضاربة كما لا يجوز إعمال نظرية الحوادث الطارئة في شأنه لأن المتعاقد يعلم سلفاً أنه يتعاقد بعقد احتمالي مبناه فكرة المخاطرة .

(طعن رقم ١١٧ لسنة ٣١ ق جلسة ١٥/٢/١٩٦٦)

ومجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة قيام الالتزام بين الطرفين ، فلا تطبق إذا تم تغيير الالتزام الأصلي .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" نَـنْصُ المادّة ١٤٧/٢ من القانون المدني على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفّذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ومناط تطبيق هذا النص أن يكون الالتزام الذى حصل الاتفاق عليه بين المتعاقدين قائماً وأن تنفّذه

بالشروط المتفق عليها بينهما يصبح مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارئ أما إذا كان الالتزام الأصلي قد تغير فإنه يمتنع تطبيقه فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن تغيير المواصفات الخاصة بنسبة الدعسم والمواد الصلبة في الألبان نتيجة القرار الوزاري الصادر في هذا الشأن بعد إبرام العقد وتنفيذه جزئيا يقتضى تعديل السعر المتفق عليه فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٥/١١)

الشرط السادس :

أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين :

يجب أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين ، بحيث يهدد تنفيذ الالتزام للمدين بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفى فإن التعامل مكسب وخسارة^(١) . إنما لا يشترط أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا فهذا الذى يميز بين القوة القاهرة وبين الحادث الطارئ . فبينما تؤدي الأولى إلى استحالة التنفيذ ، فإن الثانى لا يؤدي إلا الإرهاق فى تنفيذه .

(١) المنهوى ص ٥٢٧ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣١٩ - نبيل إبراهيم سعد ص ٢١٩ .

ويلاحظ أن الوقائع المشكلة للقوة القاهرة تتفق غالبا في طبيعتها مع الوقائع المشكلة للحوادث الطارئة . كالحروب والزلازل والفيضانات ... الخ . ولكن الفارق بينهما يظهر في أثر هذه الوقائع على تنفيذ الالتزام . ويتوقف هذا بصفة عامة على محل الالتزام . فإذا كان محل الالتزام هو إعطاء شئ قيمى كنقل ملكية شئ معين بالذات ، فإنه من المتصور أن يصبح تنفيذه مستحيلا ، أما إذا كان محل الالتزام هو إعطاء شئ مثلى وهو الذى يقوم بعضه مقام بعض عند الوفاء كالنقود وغيرها فإنه لا يتصور فى هذه الحالة أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا فى ذاته ^(١)، بل من المتصور فقط أن يصبح مرهقا للمدين ، وفى هذا المعنى تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ... والطارئ غير المتوقع ينظمه مع القوة القاهرة ، فكرة المفاجأة والحم . ولكن يفترق عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام . فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة " ^(٢).

وفكرة الإرهاق هى فكرة موضوعية ، يؤخذ فيها بمعيار موضوعى ، ينظر فيه إلى ظروف الصفقة ذاتها وليس إلى ظروف المدين الخاصة ، ولا إلى ما قد يسعفه من ظروف موائية لا تمت إلى الصفقة بصلة ، كأن يكون المدين قد احتفظ بمقادير كبيرة من

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١٦١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٨١ .

مثل الشيء الذي تعهد به ثم يرتفع سعره أضعافا مضاعفة بسبب الحادث الطارئ^(١).

ويتحقق الإرهاق بهذا المعيار حتى لو كانت الخسارة لاتعد شيئا كبيرا بالنسبة إلى مجموع ثروة المدين . وإن كانت ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيرا كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، ومن كان ثريا وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة له أضعاف الخسارة المألوفة .

كما يجب ألا يعتد بظروف الدائن من العسر أو اليسر فلو أن شركة مثلا التزمت بإضاءة مدينة بالكهرباء، في مقابل ثمن معين تتقاضاه من الجمهور ثم طرأ حدث استثنائي عام غير متوقع أدى إلى ارتفاع باهظ في التكلفة ، كان للشركة أن تطلب رد التزامها إلى الحد المعقول ، تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة ، حتى لو كانت قد بلغت من الثراء حدا يمكنها من الاستمرار في تنفيذ التزامها دون تخفيف^(٢).

وبالتالي يجوز للحكومة التمسك بنظرية الحوادث الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليها ، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهاقها أن

(١) السنهوري ص ٥٢٧ - أحمد حنيت أبو ستيت ص ٣١٩ - نبيل إبراهيم

سعد ص ٢٩٢ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٥٢ .

تتحمل هذه الخسارة باعتبارها شيئاً هيناً بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم المطعون فيه لم يجاوز - وهو بصدد بحث شرائط نظرية الحوادث الطارئة - النطاق الواجب التزامه في تحقيق شرط الإرهاق المهدهد بالخسارة الفادحة للمشتري إذ قد نظر إلى الصفة ذاتها مدلاً من ظروفها وملابساتها على انتفاء ذلك الشرط ، وكان ما قرره في شأن عدم تأثر الصفة المتنازع عليها بالظروف الاستثنائية مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية ، فإنه لا يؤثر على سلامة تسبیب الحكم وصحة نظره القانوني ما أورده في سبيل التدليل على عدم تأثر إيرادات المشتري الأخرى بصور قوانين تحديد الملكية وتقييد الإيجارات الزراعية متى كان هذا الرأي الذي أورده استطراداً زائداً ومسايرة من الحكم للطاعة في هذا الاتجاه ."

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٧)

٢- " تتدخل القاضی لرد الالتزام إلى الحد المعقول - طبقاً للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدني - رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدهد بخسارة فادحة

(١) المسهورى ص ٥٢٧ - سير عبد السيد تناغو ص ١٦٢ - نبيل إبراهيم
سط ص ٢٩٢ .

وتقرير ذلك منوط بالاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها .
ولما كان الحكم المطعون فيه قد دلل على انتفاء ذلك الشرط من
ظروف الصفقة وملابساتها وكان ما قرره في هذا الشأن سائغا مما
يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وكافيا لحمل قضائه
فإنه لاجدوى من تعيب الحكم فيما قرره من جواز النزول عن
الحق في التمسك بالظروف الطارئة لأن ما أورده الحكم في هذا
الصدد يستقيم الحكم بدونه " .

(طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٠/٥/١٩٦٢)

٣- " لما كان نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني يستلزم في

الإرهاق الذي يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث -
أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة فإن الخسارة المألوفة
في التعامل لا يعتد بها . فإذا كان الحكم المطعون فيه إذ قضى
بتخفيض ثمن الأطنان المباعة ، لم يلق بالآ إلى ما دفع به الطاعن
من أن هبوط أسعار الأطنان الزراعية موضوع الطعن لا يجعل
التزام المدين مرهقا ومهددا بخسارة فادحة بل يعتبر من قبيل
الخسارة المألوفة والتفاوت المعتاد في الأسعار ، فإنه يكون قد أغفل
البحث في دفاع جوهرى لو ثبت لتغير به وجه الرأى في الدعوى ،
ويكون الحكم قد عاره البطلان لقصور أسبابه بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٥٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ٢١/٣/١٩٦٣)

٤- " يجب أن ينظر عند تقدير الإرهاق الذي ترتب على الحادث الطارئ إلى ذات الصفقة التي أبرم بشأنها العقد مثار النزاع. ومن ثم فإنه لتقدير ما إذا كان قد ترتب على صدور قانون الإصلاح الزراعي إرهاب للمدين بالمعنى الذي يتطلبه القانون في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني يتعين على المحكمة أن تبحث أثر هذا القانون على الصفقة محل التعاقد وتتبين ما إذا كان قد انخفض ثمن هذه الصفقة نتيجة صدور القانون المذكور أو لم ينخفض ومدى ما سببه هذا الانخفاض - في حالة تحقق حصوله - من إرهاب للمدين ، إذ يشترط في الإرهاق الذي يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ أن يكون من شأنه تهديده بخسارة فادحة ، ولذلك فإن الخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي لإعمال الظروف الطارئة " .

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٥- " نص المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني يستلزم في الإرهاق الذي يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة ، ومن ثم فإن الخسارة المألوفة في التعامل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تكفي لإعمال حكم الظروف الطارئة . وإذا كان الثابت أن الطاعنين قد تمسكوا في مذكرتهم المقدمة أمام محكمة الاستئناف

بأن الفارق بين ثمن الفدان من الأطنان المباعة الثابت في عقد البيع هو ٦٠٠ ج ، وبين ثمنه حسب تقدير الخبير بعد صدور قانون الإصلاح الزراعى ، وهو ٤٥٠ ج ، ليس من شأنه أن يجعل تنفيذ التزام المطعون ضدهم مرهقا يجاوز حدود السعة ، لأن هذا الفارق يعتبر من قبيل الخسارة المألوفة والتفاوت المعتاد فى الأسعار مما لايسوغ معه تعديل الالتزام استنادا لفظرية الظروف الطارئة ، وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى الذى يتصل بشرط أساسى من شروط إعمال حكم الظروف الطارئة ، مكتفيا فى ذلك بالإحالة على الحكم السابق صدوره بندب الخبير ، والذى لم يتعرض بدوره لهذا الدفاع ، أو تقطع بتوافر شروط الإرهاق ، بل قضى بندب الخبير ليتسنى له تقدير مدى توافره ، فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بقصور يبطله " .

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٩)

٦- " إن تدخل القاضى لرد الالتزام إلى الحد المعقول طبقا للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة، وتقدير مدى الإرهاق الذى أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع، ومناطق هذا الإرهاق الاعتبارى الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا

الظروف المتعلقة بشخص المدين ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر الإرهاق من ظروف الصفقة وملابساتها ومن أن ما طرأ على انخفاض القيمة الإيجارية للفدان بالإضافة إلى خفض المساحة التى تزرع قصباً وما ترتب على ذلك من هبوط الربح السنوى للأطيان المبيعة هو من قبيل الخسارة التى ترهق كامل المشتريين إرهاباً يجاوز حد السعة ، لما كان ذلك وكان ما أورده الحكم فى هذا الشأن سائغاً ويدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإن النعى عليه - بأن الخسارة التى لحقت بالمشتريين هى خسارة ضئيلة ومألوفة - يكون فى غير محله .

(طعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ فى جلسة ١٩٧٧/٣/١)

وتقدير مدى ما يترتب للحادث من إرهاب للمدين مسألة موضوعية ، يستقل بها قضى الموضوع من غير تعقيب عليه من محكمة النقض ، طالما استند فى حكمه على أسباب تسوغه عقلاً ومنطقاً^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تدخل القاضى لرد الالتزام إلى الحد المعقول طبقاً للمادة ١٤٧ من التقنين المدنى رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاب المهدد بخسارة فادحة ، وتقدير مدى

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٥١ .

الإرهاق الذى أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ومناطق هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفة ذاتها لا الظروف المتعلقة بشخص المدين " .

(طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٢)

١٤٧- أثر الحادث الطارئ :

بعد أن عرضت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ لشروط الحوادث الاستثنائية العامة أردفت : " جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

ومفاد ذلك أن القانون قد خول القاضى سلطة تجاوز حدود مهمته العادية وهى التفسير ، فأجاز له فى هذه الحالة أن يعدل العقد، وذلك بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

وفى هذا يختلف الحادث الطارئ عن القوة القاهرة . فهذه تؤدى إلى انقضاء الالتزام وبذلك تقع تبعة الهلاك على عاتق واحد من الطرفين فحسب ، وهو المدين فى العقود الملزمة للجانبين ، والدائن فى العقود الملزمة لجانب واحد . أما الحادث الطارئ فيجيز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، وبذلك تتوزع الخسارة على عاتق الطرفين .

وسلطة القاضى فى هذا الشأن مطلقة : بمعنى أن له الحرية فى اختيار الطريقة التى بها يحد من الإرهاق فى تنفيذ الالتزام .
وقد كان المشروع النهائى للمادة (١٥١) من المشروع التمهيدى (المقابلة للمادة ١٤٧ مدنى) تجيز القاضى " أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت كلمة " يرد " بكلمة " ينقص " ^(١).

والقاضى هو بصدد رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ليرفع عن المدين كل ما طرأ عليه من عنت وضيق ، وبعبارة أخرى كل ما يتهدهده من خسارة ففظرية الظروف الطارئة لاستهدف إلا مجرد التخفيف عن المدين رحمة به . ولا تنغيا لإعداد كل خسارة عنه . وهى إذ تفعل ذلك ، تقصر التخفيف على العبء الاستثنائى الذى وقع ، ولا تمس العبء العادى المألوف فى التعامل . فالخسارة العادية المألوفة فى التعامل يتحملها المدين وحده ، ولا يحق له أن يطلب من القاضى تخفيف عبئها عنه ^(٢).

والمادة تنص على أن : " جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " . ولكنها لم تحدد نسبة معينة لتوزيع تلك الخسارة الاستثنائية بين الطرفين .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٨٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٦٠ - نبيل إبراهيم سعد ص ٢٩٤ .

غير أن الفقه وقضاء محكمة النقض يسيران على توزيعها بالسوية بين الطرفين أى مناصفة بينهما^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني وماورد فى الأعمال التحضيرية بشأنه أنه متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ ، فإن للقاضى سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرهقا إلى الحد المعقول ، وهو حين يختار - فى حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه ، لايرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويجعلها على الدائن وحده ، لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التى ستصيب المدين ، ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين ، وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما " .

(طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٥)

٢- " ولا يترتب على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد كما حددتها المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني أن يرفع القاضى عن المدين كل ما لحق به من إرهاب ويلقى به على كاهل الدائن وحده ، بل عليه أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ،

(١) السهورى ص ٥٢٩ ومابعدها - أحمد ضمت ليو سقيت ص ٣٢٠ -
المستشار أنور طلبه ص ٢٦ .

ونذلك بتحميل المدين للخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين ، مراعيًا في ذلك كافة الظروف والموازنة بين مصلحة كل منهما ، ومن ثم فلا يجوز إعفاء المدين من التزامه إعفاء تاماً .
(طغان رقما ١٤٢ ، ١٦٦ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠)
ويمكن تصور ثلاثة طرق يستطيع القاضى بها أن يعدل الالتزام ، وهى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق ، أو نقص الالتزام المرهق ، أو وقف التنفيذ .

فقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق ، وفى هذه الحالة يجب عليه أن يبقى على عاتق المدين ما يعتبر زيادة مألوفة فى عبء الالتزام ، فلا يوزع على حائق الطرفين سوى الزيادة غير المألوفة . مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد كمية من القمح بسعر ثلاثة جنيهات للأردب ، ثم يرتفع السعر بسبب حادث طارئ إلى تسعة جنيهات ، وفى هذه الحالة تعتبر الزيادة المألوفة فى سعر القمح جنيهاً وهذه تبقى على عاتق المدين ، ومازاد على ذلك وقدره خمسة جنيهات يعتبر زيادة غير مألوفة وهذه توزع مناصفة على عاتق الطرفين ، فيكون السعر الذى يقف عنده القاضى هو خمسة جنيهات ونصف .

وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المرهق . وفى هذه الحالة يجب على القاضى أن يراعى ما ذكرناه فى الحالة السابقة فلا يوزع على عائق الطرفين سوى الزيادة غير المألوفة فى عبء الالتزام . مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد كمية من الخشب ثم يرتفع سعره لارتفاعا فاحشا بسبب قيام حرب أدت إلى وقف الاستيراد فنقص القدر الموجود منه فى السوق إلى حد كبير ، وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن ينقص للكمية التى التزم المدين بتوريدها وذلك بالقدر الذى يجعل الالتزام فى الحدود المعقولة مع مراعاة الاعتبار الذى ذكرناه . ويستطيع القاضى أن يجمع بين هاتين الوسيلتين فى وقت واحد ، يزيد من التزام الدائن وينقص من التزام المدين ^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٣٩- ويلاحظ أن أثر إعمال نظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية يختلف عنه فى العقود المدنية . فمن وجه أول ، لا يستطيع القاضى إنقاص التزام المدين . ذلك لأن الفرض هو أن القيام بالعمل بالمناط بالمدين يتعلق بالصالح العام ، ومن ثم فإنه يترتب على إنقاصه الإضرار بهذا الصالح . ومن وجه ثان ، لا يستطيع القاضى إلزام الإدارة بأن تريد فيما تدفعه مقابلا لما قدمه المدين للمرهق . إذ أنه لا يملك أن يوجه أوامر للإدارة وهكذا لا يبقى أما القاضى الإدارة ، فى مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة إلا الحكم للمدين المرهق بالتعويض (عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٥٩ هامش ٢) .

وقد يرى القاضى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتيا يقدر له الزوال فى وقت قصير^(١) . ولا يوجد ضرر كبير على الدائن^(٢) . مثل ذلك أن تتعهد شركة للحكومة بإقامة كوبرى على النيل وتلتزم بتسليمه فى وقت معين ، ثم يرتفع ثمن الحديد اللازم لإقامة الكوبرى ارتفاعا كبيرا بسبب حادث طارئ أدى إلى وقف الاستيراد . ففى هذه الحالة يستطيع القاضى أن يقف التزام الشركة بالتسليم فى الموعد المتفق عليه إذا بان له قرب إمكان الاستيراد .

١٤٨- لا يجوز للقاضى فسخ العقد :

إن جاز للقاضى إعمالا لنظرية الظروف الطارئة أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، بأن ينقص من مداه أو يزيد فى مقابله، أو يوقف العقد .

إلا أنه يمتنع عليه فسخ العقد ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن 'يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقص ولكن يرد إلى الحد المعقول بالتفصيل السابق^(٣) . ويؤيد

(١) المنهورى ص ٥٢٨ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣١٩ - المستشار مصطفى هرجه ص ٤٨٣ - عبد المنعم الصده ص ٣٣٩ وما بعدها - جلال العلوى ص ٢٥٨ - وعكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٦٣ .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣١٩ - عبد المنعم الصده ص ٣٤٠ - نبيل سعد ص ٢٩٤ .

(٣) المنهورى ص ٥٣٠ وما بعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٢٠ - سير عبد السيد تناغو ص ١٦٤ - المستشار مصطفى هرجه ص ٤٨٣ .

ذلك ما قيل في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عند مناقشة المادة ١٤٧/٢ من أن أساس النظرية هو توضيحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد^(١).

ولا يقضى بالفسخ أيضاً ولو طلب المدين ذلك ، لأن في القضاء بالفسخ تحميل للدائن وحده تبعة الحادث وهو ما لا يجوز^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٢ ص ٢٨٤ .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٢٠- نبيل إبراهيم سعد ص ٢٩٥ وقارن عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٦٣ وهامش (٣) فيرى أنه يجوز فسخ العقد بناء على طلب المتعاقد الذى تعمل النظرية بإضراراً به ، كوسيلة للتدخل من آثار العقد ، ويعال ذلك بأن المادة ١٤٧/٢ وإن منحت المدين رخصة تعديل آثار العقد برد التزمه إلى الحد المعقول ، وإن ألزمت الدائن بهذا التعديل ، إلا أنها لا تلتزمه به إلا إذا أريد الإبقاء على العقد. فللدائن أن يتقضى ذلك التعديل بفسخ العقد . صحيح أن هذه الرخصة التى يقول بها الدائن لا تجد لها سنداً فى ذات نص المادة ١٤٧/٢ ولا فى الأعمال التحضيرية التى اكتفت وضعه ، ومع ذلك فإنه يراها أولى بالاتباع . ذلك لأن تعديل آثار العقد بحكم القاضى أمر استثنائى يتنافى مع المبدأ الأساسى للقاضى بقوته الملزمة ، الأمر الذى يتحتم معه أن ينظر إليه فى حدود الروح الذى ينبغى أن تمتد المادة ١٤٧/٢ ونظرية الظروف الطارئة التى أرادت أن تتبناها ، وهى روح الرأفة بالمدين دون التوضيحية كلية للدائن. فإن توجب على هذا الأخير أن يذعن لما يراه القاضى من تعديل فى العقد ، فيلزم أن يكون ذلك مقصوراً على الحالة التى يريد فيها الإبقاء عليه

١٤٩- رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول قاصر على ما يراد تنفيذه بعد وقوع الحادث القهري :

رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول - بالتفصيل السابق - لا يكون إلا بالنسبة إلى ما يراد تنفيذه بعد وقوع الحادث الطارئ.

مع استثناء ما يكون المدين قد تقاعس عن تنفيذه بخطئه قبل ذلك، إذا كان الدائن قد أعذر المدين بأدائها ، لأن عدم إعداره ، يجعله متسامحا ، وكأنه مد للمدين أجل الوفاء بها .

فما وقع وفاؤه من الالتزام ، أو حل أجله وقصر المدين في أدائه فيه قبل طروء الحادث رغم إعدار الدائن له ، لا يدخل في الاعتبار عند إعمال نظرية الظروف الطارئة . فإذا أبرم بيع مثلا بثمن مجزأ على أقساط ، ووقع الحادث الطارئ بعد حلول أجل بعض تلك الأقساط ، فإن ما دفع بالفعل منها ، أو لم يدفع بتقصير المشتري

قائما، دون حرمانه من الرخصة في أن يتجنب هذا التعديل بطلب فسخ العقد .

وقارن أيضا عبد المنعم الصده ص ٣٤٠ فيرى أنه في جميع الأحوال التي يرى فيها القاضى تعديل الالتزام على أن يكون للدائن الخيار ، فله أن يقبل ما يراه القاضى وله أن يختار فسخ العقد دون تعويض . فلا وجه لأن يفرض على الدائن التعديل الذى يراه القاضى إذا كان الدائن يؤثر التخلّى عن الصفقة ، لاسيما وأن فسخ العقد يكون أصلح للمدين إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ أما المدين فواضح أنه لا يحق له طلب الفسخ .

رغم إنذاره لاتطبق النظرية فى شأنه . ويقتصر إعمالها على باقى الأقساط ، سواء ما حل أجلها منها بعد وقوع الحادث الطارئ ، وما حل أجلها قبل ذلك ولم يعذر الدائن المدين بأدائها .

وليس كل ما يجئ من تنفيذ الالتزام بعد وقوع الحادث الطارئ يخضع بالضرورة للنظرية ، وإنما يقتصر أثرها على ما يتوافر فى شأنه شرط الإرهاق فحسب . فأقساط الثمن المستقبلية التى يتبين للقاضى أن هناك احتمالا لزوال أثر الطارئ عند استحقاقها ينبغى أن تبعد من دائرة إعمال نظرية الظروف الطارئة فلا يتناولها التخفيف . وإن كان يمكن بطبيعة الحال إجراء التخفيف عليها بعد ذلك إذا استمر الإرهاق فى شأنها ^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المبنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مؤجلا أو مقسما لايحول دون إعمال الجزاء المنصوص عليه فيها - وهو رد الالتزام إلى الحد المعقول - على الوجه الذى يتطلبه القانون ذلك أن القاضى لايعمل هذا الجزاء إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة أما باقى الأقساط المستقبلية فإن القاضى لايعمل

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٦٢ - المستشار ثور طلبه ص ٢٦ - نبيل سعد ص ٢٩٤ .

فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالاً بزوال أثر ذلك الحادث عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الأداءات فى عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة .

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٢- " فى حالة إعمال حكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مقسطاً يجب على القاضى ألا يعمل الجزاء المنصوص عليه فى هذه الفقرة إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الطارئ غير المتوقع مرهقاً له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أما باقى الأقساط المستقبلية فإن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالاً لزوال أثر هذا الطارئ عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الأداءات فى عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة ، كما أنه لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين فى الوفاء بها حتى وقع الحادث ، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع ظرف الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين . "

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

١٥٠- إعمال أثر الظروف الطارئة واجب على القاضى إذا توافرت شروطها :

لا يفهم من عبارة " جاز للقاضى " الواردة فى نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) أن للقاضى سلطة تقديرية فى إعمال أثر النظرية أو عدم إعماله، برغم توافر شروطها، بل تعين عليه هذا الإعمال^(١).

وقد جاء بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى :

" ... وفيما يتعلق بالملاحظة الثانية أن كل النصوص المتعلقة بالجواز لاتعطى للقاضى سلطة تقديرية مطلقة ، وإنما تعطيه رخصة بشرط تحقيق ظروف معينة . بمعنى أنها تجيز للقاضى عمل شئ معين . إذا ما تبينت له شروط معينة ، واستعمال هذه الرخصة خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التى تبيح هذا الاستعمال " ^(٢).

١٥١- وجوب طلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

إعمال أثر نظرية الظروف الطارئة ، منوط بطلب المدين ذلك ، فلا يجوز للقاضى أن يعمل هذه النظرية من تلقاء نفسه ، ذلك أن إعمالها رخصة للمدين له أن يفيد منها أو يحجم عنها .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٥٩ هامش (١) .

(٢) رد الدكتور بغدادى على ملاحظة رئيس لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أنه : " يتبادر إلى الذهن أن الجواز فى عبارة " جاز للقاضى .. معناه أن إقلاص الالتزام المرهق خاضع لتقدير القاضى " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٨٤ وما بعدها) .

١٥٢- زوال الحادث الطارئ بعد تعديل العقد :

إذا زال الحادث الطارئ الذى قضى برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بسببه ، وجب الحكم بانتهاء هذا التعديل والرجوع بالتالى إلى ما كان يقضى به العقد من قبله ، وذلك بالنسبة إلى ما يرتفع عنه أثر الظرف الطارئ من تنفيذ الالتزام . ويعزى ذلك إلى تطبيق قاعدة أن الغلة تنور مع المعلوم وجودا أو عدما . غير أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يعود المدين مرة أخرى للقاضى ، ويطلب منه إجراء تعديل جديد فى عبء التزامه ، إذا نشأ ظرف طارئ آخر صعب عليه تنفيذ الالتزام أكثر من الأول ، وذلك كله مع مراعاة حجية الأمر المقضى بطبيعة الحال ^(١).

١٥٣- لايجوز التمسك بنظرية الحوادث الطارئة لأول مرة أمام محكمة النقض :

لايجوز التمسك بنظرية الحوادث الطارئة لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن الادعاء بقيام حادث طارئ جعل تنفيذ الالتزام مرهقا هو دفاع يخالطه واقع ، فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٦٤ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا لم يطلب الطاعن (المشتري) أمام محكمة الموضوع تطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا يجوز له إيداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٧/٣)

٢- " ادعاء - البائع - بأن عدم ترخيص الحجر الزراعى بثمان البضاعة يعد حادثا طارئا يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا ، هو دفاع يخالطه واقع وإذ لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع ، فلا يجوز إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

١٥٤- سلطة القاضى فى تعديل العقد مما يتعلق بالنظام العام :

سلطة القاضى فى تعديل العقد ، فى حالة الحوادث الطارئة تتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز فى أى عقد من العقود الاتفاق على أنه لايجوز تعديله بواسطة القاضى ولو تحققت شروط نظرية الحوادث الطارئة . فمثل هذا الشرط يقع باطلا . وهو ما يقرره نص الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ فى عبارته الأخيرة " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " ويراعى أن بطلان هذا الشرط لا يؤدى إلى بطلان العقد فى مجموعه ، بل يحذف الشرط الباطل وحده طبقا لنظرية انتقاص العقد ^(١).

(١) عبد المئعم الصده ٣٤١- سمير عبد السيد تناغو ص ١٦٤ وما بعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٢- نبيل سعد ص ٢٩٥.

وهذا فارق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة فضلا عن الفوارق التي تقدم ذكرها، إذ أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة (م ١/٢١٧ مدنى) .

ويرى البعض أن علة هذه التفرقة ، بالرغم من كون الحادث الطارئ أقل خطرا من القوة القاهرة، أن الأول أكثر وقوعا في الحياة العملية من الثانية ، وهذا يجعل المتعاقد القوي يتجه إلى الاحتياط ضد الحادث الطارئ أكثر مما يتجه إلى ذلك ضد القوة القاهرة .

غير أنه لا مانع يمنع من أن يقبل المدين كل نتيجة الحادث بعد وقوعه ، لأنه يكون قد رفض حماية القانون في وقت يستطيع أن يقدر مصلحته دون مؤثر خارجي^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الحكم قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى، ولنتهى من ذلك إلى تقرير ذات التخفيض تأسيسا على أن تطبيق هذه النظرية من النظام العام . فى حين أن النص فى الشطر الأخير من المادة المشار إليها على أن " يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " يدل على بطلان الاتفاق مقدما على استبعاد تطبيق هذه النظرية أما بعد وقوع الحادث الطارئ حيث تتنقضى مظنة الضغط على المدين

(١) أحمد حشمت لبر مثبت ص ٣٢٠- عبد المنعم الصده ص ٣٤١- نبيل

المرهق فيجوز له النزول عن التمسك بذلك التطبيق . مما مؤداه ألا يكون للمحكمة تطبيق هذه النظرية بغير طلب . لما كان ذلك وكان البين من أوراق الطعن أن المطعون ضده الأول لم يتمسك بتطبيق هذه النظرية ولم يؤسس دعواه عليها ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور في التسبيب يوجب نقضه .

(طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١/٩)

١٥٥- تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة :

لم يقتصر التقنين المدني الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة ، بل أورد إلى جانب هذا النص العام نصوصاً أخرى تطبق للنظرية في حالات خاصة .

ومن هذه النصوص نصوص لم يستحدثها القانون الجديد ، بل كان القانون القديم يشتمل عليهما هما :

١- نظرة الميسرة :

إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدني على أن : " على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إنالزم يمنعه نص في القانون أن ينظر (المدين) إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".
(أنظر في التفصيل شرح المادة المذكورة) .

٢- تخفيض أجر الوكيل :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدنى على أن : " إذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى ... " وهذا النص فى بعض صورته يكون تطبيقا لنظرية الحوادث الطارئة إذا جد بعد إبرام الوكالة حادث طارئ، يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته^(١).

كذلك استحدث القانون الجديد نصوصا أخرى ، تعد تطبيقات لهذه النظرية مثل : إنهاء الإيجار بالضرر (المادة ٦٠٨) ، وتعديل حق الارتفاق (المادة ١٠٢٣) ، وزيادة أجر المقاول أو فسخ عقد المقاولة عند حدوث ما يخل بالتوازن الاقتصادى بين التزامات الطرفين (المادة ٤/٦٥٨). غير أنه كثيرا ما تختلف هذه الأحكام عن أحكام هذه النظرية . مما دعا البعض إلى القول بأن هذه الحالات لاتعد من تطبيقات النظرية^(٢)، عدا الحالة الأخيرة ، بل تستند إلى اعتبارات أخرى^(٣).

١٥٦- سريان نظرية الحوادث الطارئة من حيث الزمان :

ذكرنا سلفا أن نظرية الحوادث الطارئة للمنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى مستحدثة فى التقنين المدنى الجديد .

(١) السهنورى ص ٥٣٢ هامش (٢) .

(٢) عبد المنعم للصد ص ٣٤١ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٦٨ .

وبداهة لاتسرى هذه النظرية على العقد أبرم ونفذ مثل سريان القانون المبنى الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) حيث يخضع العقد للقانون القديم .

وبداهة أيضا تسرى هذه النظرية على العقود التى تبرم ابتداء من تاريخ العمل بالتقنين الجديد .

أما الحالة التى تثير خلافا فهى الحالة الوسطى ، بأن يكون العقد قد تم فى ظل القانون القديم وتراخى تنفيذه إلى ما بعد صدور القانون الجديد .

فقد ذهب رأى إلى خضوع الأحكام التى يجرى تنفيذها بعد العمل بالقانون الجديد ، لهذا القانون ، تأسيسا على أن أحكام النظرية من النظام العام ومن ثم تسرى بأثر فوري على وقائع التنفيذ التى تستجد منذ نفاذه (١).

بينما يذهب رأى آخر إلى عدم سريان النظرية على أن وقائع التنفيذ المذكورة ، لأن النص وإن تعلق بالنظام العام إلا أنه يقوم فى الواقع على حماية مصلحة الأفراد وهى على أى حال تهدف إلى توفير الحماية لمن يتعاقد لتخفيف العبء عن سبق أن تعاقد ولذا فالأولى إنفاذ قانون العقد وعدم تطبيق النظرية على العقود السابقة (٢).

(١) السنهاورى ص ٥٣٣ ومابعدا - عبد المنعم الصده ص ٣٤٣ - سمير

عبد السيد تناغو ص ١٦٥ .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٢١ .

مادة (١٤٨)

١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

الشرح

١٥٧- وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية :

إذا تعددت الطرق الممكنة لتنفيذ العقد فقد يحصل أن يكون التنفيذ بإحدى هذه الطرق أصح للمتعاقدين منه بطريقة أخرى ، ومن ثم فإن كيفية التنفيذ قد تكون عنصرا في تحديد مضمون العقد .

وكان القانون الروماني يفرق في العقود والدعاوى بين عقود القانون الضيق (حرفية التنفيذ) وهذه يلتزم فيها القاضى بالرجوع إلى حرفها ونصها لا يتجاوزها إلى البحث عن نية المتعاقدين ، وبين عقود حسن النية، وهذه يجوز للقاضى أن يتقصى فيها لنية الفعلية فيتجاوز الألفاظ والنصوص التى استعملت فى التعبير عنها فيكشف عما يكون هناك من غش سترته الألفاظ وتحايل سبكه نصوص العقد .

أما فى القوانين العصرية فجميع العقود تخضع لمبدأ وجوب تنفيذها بحسن نية حتى العقود الشكالية .

وعلى القاضي أن يتقصى بجميع الطرق الإرادة الفعلية للطرفين ،
أى الغرض الذى يقصدان إليه .
ويبدو من ذلك أن هذا المبدأ إنما يتعلق بتفسير العقد^(١) .
وقد أخذ التقنين المبنى الجديد بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد ،
فنصت الفقرة الأولى من المادة (١٤٨) على أن : " يجب تنفيذ العقد
طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية "^(٢) .

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٣٨٦ وما بعدها - أحمد حشمت أبو ستيت
ص ٣١٤ .

(٢) وكانت المادة (٢١٤) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٤٨) مدنى
تنص فى فقرتها الأولى على أن : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه
وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل " - وقد
جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " فإذا تعين مضمون العقد وجب
تنفيذه مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف فى شرف التعامل .
وبهذا يجمع المشروع بين معيارين : أحدهما ذاتى قوامه نية التعاقد، وقد
اختاره التقنين الفرنسى ، والآخر مادى يعند بعرف التعامل ، وقد أخذ به
التقنين الألمانى " . وأثناء مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى اقترح معالى
حلمى عيسى بإشأ حذف عبارة " وما تقتضيه نزاهة التعامل من الفقرة
الأولى خصوصا وأنها تكحل تحت ملول حسن النية المنصوص عليه فى
نفس الفقرة فوافقت اللجنة بالإجماع على ذلك وعللت بتقريرها حذف
عبارة " وما تقتضيه نزاهة التعامل بأنه فى عموم تعبير حسن النية ما
يغنى عنها (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٨٨ وما بعدها) :

ومقتضى حسن النية من المتعاقد أن يختار في تنفيذ العقد الطريقة التي تفرضها الأمانة والنزاهة في التعامل . وينتفى حسن النية بتوافر الغش وكذلك بارتكاب الخطأ الجسيم .

ومثل الغش في تنفيذ العقد والذي يتنافى مع ما يوجبه حسن النية، التنفيذ الذي يقوم به الدائن على نحو يجعل التزام المدين أشد كلفة ، فالمقاول الذي يتعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء إذا قام بتوصيلها من طريق بعيد رغم أنه كان في مكنته توصيلها من طريق أقرب يعد سئ النية ، وكذا سائق السيارة الأجرة الذي يقوم بتوصيل الراكب من طريق بعيد متعمدا ترك الطريق الأقرب يعد سئ النية .

ومثل الخطأ الجسيم الذي ينفي حسن النية أن يقوم الناقل بنقل أجهزة دقيقة عبر طريق وعبر بالرغم من وجود طريق آخر ممهد لا يؤدي إلى إتلاف الأجهزة^(١) .

ويرى الدكتور السنهوري - بحق - ص ٥١١ ومابعدا أن اللجنة عندما حذفت المعيار الثاني الخاص بنزاهة التعامل من المشروع النهائي ، قد استبقت في الواقع المعيار الذاتي تون المعيار المادي . أما ما ذكرته في تقريرها من أنها حذفت العبارة التي تقرر المعيار المادي " لأن في عموم تعبير حسن النية وهذا هو المعيار الذاتي ما يغنى عنها " فغير صحيح ، لأن المعيار الذاتي لا يغنى عن المعيار المادي . لذلك يجب بعد هذا التعليل ، الاقتصاد على المعيار الذاتي ، وهو معيار حسن نية .

(١) السنهوري ص ٥١٢ - عبد المنعم الصده ص ٣٢٨ - المستشار أنور طلبه ص ٤٩ ومابعدا .

ويجزى للقانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد ، فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن النية (م ٢/٣٤٦) .

ويجazy سوء النية فى عدم تنفيذ العقد ، فيلزم المدين فى المسئولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذى كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين فى عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م ٢/٢٢١) . وهذا وذلك ينمان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمّر بحسن النية فى تنفيذ العقد^(١) .

وفى فريق من العقود يقتضى حسن النية أن يتعاون الطرفان فى تنفيذ العقد . وفى مثل هذه العقود يجب على كل من المتعاقدين أن يقوم بما يفرضه عليه هذا التعاون . وقد أورد القانون بعض تطبيقات لهذه الفكرة . من ذلك أن الشركة يجوز حلها إذا أخل أحد الشركاء بواجب التعاون مع زملائه (م ٥٣٠ ، ٥٣١ مdney) .

وفى عقد البيع يجب على المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى الوقت الملائم (٤٤٠ مdney) . وإذا كشف المشتري عيبا فى المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به فى خلال مدة معقولة (م ٤٤٩ مdney) . وفى عقد الإيجار إذا ادعى أجنبى حقا يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار وجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بذلك (م ٥٧٢ مdney) .

(١) السنهورى ص ٥١٢ - سمير عبد السيد تناغو ص ١٥٤ .

كما يجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يعتدى أجنبى بالتعرض لها ، أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥ مدنى) ^(١).

بل ذهب المحاكم فى هذا المجال إلى حد إلزام المحترف ببيع مواد قابلة للانفجار بأن ينبه المشتري إلى طريقة الوقاية من انفجارها .

والتزام المتعاقد بمراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد التزام يفرضه القانون ، وهو يوجب على المتعاقد ألا يحيد عن حسن النية فى تنفيذه لالتزامه ، وفى مطالبته بحقه . فهو يسأل عن الإخلال بهذا الالتزام مسئولية عقدية . وبذلك تغنى هذه المسئولية عن الالتجاء إلى فكرة التعسف فى استعمال الحق فى هذه الحالة . تلك الفكرة التى تكون المسئولية على أساسها مسئولية تقصيرية ^(٢).

١٥٨- إثبات تنفيذ العقد بحسن نية :

الأصل فى تنفيذ العقد أن يكون بحسن نية ، فإذا ادعى الدائن تنفيذ العقد بسوء نية ، كان عليه عبء إثبات ذلك . وله الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية باعتبار أن الغش والخطأ الجسيم واقعتان ماديتان ^(٣) .

(١) السهورى ص ٥١٢ - عبد المنعم الصده ص ٣٢٨ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٣٢٨ وما بعدها - المستشار مصطفى هرجه ص ٤٩٦ .

(٣) المستشار أنور طلبه ص ٤٩ .

وتوافر حسن النية من عدمه مسألة تقديرية تخضع لتقدير محكمة الموضوع^(١) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" بحث حسن النية في تنفيذ العقد من مسائل الواقع التي لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها " .

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/١٥)

١٥٩- تحديد نطاق العقد :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ على أن : " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " .
فتحديد مضمون العقد أى بيان الأحكام التى يشتمل عليها ، من الأهمية بمكان ، لأن مآل العقد إلى تنفيذه ، ويتم تنفيذه بإعمال الأحكام التى يتضمنها .

والعقد لا يقتصر على الأحكام المنصوص عليها فيه ، وفقا لإرادة المشتركة للمتعاقدين وتلك التى يقضى بها القانون ، ويكون من شأنها أن تسرى عليه . بل يضاف إلى ذلك ما هو من مستلزمات العقد .

(١) نبيل سعد ص ٢٨٧ .

وقد أوضحت الفقرة الثانية المذكورة أن تحديد مستلزمات العقد، يكون وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام^(١).
ونعرض فيما يلي للمقصود بمستلزمات العقد .

١٦٠- المقصود بمستلزمات العقد :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدنى نصت على ألا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

والمقصود بمستلزمات العقد ، الأمور التى تحتتمها طبيعة العقد والغاية التى يستهدفها وفقا للقانون والعرف والعدالة . ونعرض لهذه العناصر الثلاثة فيما يلى .

(١) كانت الفقرة الثانية من المادة (٢١٤) من المشروع التمهيدي المقابل للفقرة الثانية من المادة (١٤٨) مدنى تنص على أن : " ... ولكن يلزمه أيضا بما تقتضيه طبيعة الالتزام ، وفقا للعدالة والعرف والقانون " وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية عليها وأصبح نصها النهائى : " ... ولكن يلزمه أيضا بما تقتضيه طبيعة الالتزام وفقا للقانون والعرف والعدالة " - إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استعاضت عن عبارة " ولكن يلزمه أيضا بما تقتضيه طبيعة الالتزام " بعبارة " ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته " وأضافت عبارة " بحسب طبيعة الالتزام " وجاء بقريرها أن التعديل " يجعل الحكم أوضح دون أن يمس جوهره " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٨٧ وما بعدها) .

١- القانون :

القانون بما فيه من قواعد مكملة يساهم إلى حد كبير في تحديد نطاق العقد . فإذا اتفق المتعاقدان على ما يخالف هذه القواعد سرى هذا الاتفاق . وإن سكنا عما يخالفها اعتبرت جزءا من العقد . ولذلك فإن كل عقد تكمله أحكام القواعد المكملة في القانون الذى أبرم هذا العقد فى ظله . فإذا تغيرت أحكام هذه القواعد فى قانون لاحق فإن أحكام هذا القانون لاتسرى على العقود التى أبرمت تحت سلطان القانون السابق^(١).

ومثل ذلك ما يأتى :

(أ) - ما تقضى به المادة ٤٣٢ مدنى من أن : " يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين " . ومن ثم يشمل بيع العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها .

ويشمل بيع للسيارة كل الأدوات اللازمة لتسييرها .
ويشمل بيع للمتجر السجلات التى تبين للتاجر من حقوق وما عليه من ديون .

(ب) - ما تنص عليه المادة ٤٦٣ مدنى من أنه : " إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن " .

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٢٦ .

(ج)- ما تنص عليه المادة ٥٦٤ مدنى من أن : " يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقات فى حالة تصلح معها لأن تفى بما أعدت له من المنفعة ، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين .

(د) ما تنص عليه المادة ٥٦٦ مدنى من أنه : " يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المباعة من أحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها " .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى نصوص المواد ٢/١٤٨ ، ٥٦٤ ، ٥٦٦ ، ٤٣٢ من القانون المدنى أن العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره فى العقد بشأنها وإنما تشمل أيضا ما يكون من ملحقاتها التى لا تكتمل منفعتها المقصودة من الإيجار إلا بها وأنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب إعمال اتفاقهما فإن لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء واتباع العرف دون التقيد فى هذا الخصوص بوسيلة بعينها من وسائل الإثبات لأن هذه الأمور هى من قبيل الواقع المادى الذى يجوز إثباته بكافة الطرق ، ولما كان عقد الإيجار المؤرخ ... شأنه فى ذلك شأن عقد الإيجار المؤرخ لم يحدد ملحقات العين المؤجرة ولم يتضمن من جهة

أخرى ما ينفي وجودها فإن طرفيه يكونان قد تركا أمر تحديد الملحقات لحكم المادة ٥٦٦ مدنى باعتبارها مكملة لإرادتهما .

(طعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٤)

(هـ) - ما تنص عليه المادة ٣/٥٦٧ مدنى من أن : " .. ويلزم

الموَجَر بثمن للمياه إذا قدر جزافا ... للخ " .

(و) - ما تنص عليه المادة ٦٢٢ مدنى أن : " الإيجار فى

المزارعة تدخل فيه الأدوات الزراعية والمواشى التى توجد فى الأرض وقت التعاقد إذا كانت مملوكة للموَجَر " (١).

٢- العرف :

المقصود بالعرف فى هذا المجال ، العرف باعتباره مصدرا رسميا للقانون ، والذي تقابل به العادة الجارية التى لم تبلغ مبلغ العرف الملزم التى يلجأ إليها فى التفسير - كما سنرى - كما يلحق بالعرف ما يسمى بالشروط المألوفة (clauses de Style) التى جرى العرف على إضافتها إلى العقد فتعتبر أنها جزء منه ولو لم تذكر صراحة ، كالنسبة المئوية التى تضاف لحساب الخدمة على كشف حساب الفندق أو المطعم (٢).

والعرف يقوم بدور فعال فى العقود التجارية والحساب الجارى.

(١) جلال على العدوى ص ٢٥١- أحمد حشمت أبوستيت ص ٣١٢ ومابعدهما .

(٢) أحمد حشمت أبوستيت ص ٣١٣- عبد المنعم الصده ص ٣٢٦ ومابعدهما .

غير أنه لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتخلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتخلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد للذى تم بينه وبين الطرف الآخر فى العقد إذ لا يوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف التجارى ، ويكون اتفاقهما ملزما لهما " .

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٣- قواعد العدالة :

للقاضى أن يلجأ إلى قواعد العدالة لتعيين نطاق العقد . مثل ذلك أن من يبيع متجّره يلزم عدالة نحو المشتري بألا ينافسه بقصد انتزاع عملاء المتجر . والعامل الفنى الذى يطلع على الأسرار الصناعية لمصنع يلتزم عدالة بألا يبوح بهذه الأسرار لمصنع آخر ولو لم يشترط عليه ذلك (م ٦٨٦ منى) .

وفى عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتّم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية إذا كان من شأنها أن تؤثر فى التبعية التى تحتملها الشركة (١) .

(١) السنهورى ص ٥٠٧ .

وكذلك الالتزام بضمان سلامة الشخص المتعاقد الذي قرره القضاء الفرنسي في بعض العقود كعقد نقل الأشخاص^(١) .

ويمكن أن يقال بالالتجاء أيضا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية قبل الالتجاء إلى قواعد العدالة رغم عدم نص المشرع على ذلك بصدد تكملة العقد - على أساس أنها مصدر من مصادر القانون المصرى بصفة عامة ، يرد ترتيبه بعد العرف . ولكنه يبقى أن يراعى في ذلك أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر في التشريع هو المبادئ الكلية التي قد لا تتعرض كثيرا للجزئيات^(٢) .

١٦- تحديد نطاق العقد مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض :

مادام أن تحديد نطاق العقد عبارة عن بيان الآثار القانونية التي تترتب على العقد فإنه يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

فإذا قصر القاضي في إدخال التزام كان يجب عليه أن يترتب على العقد ، كان هذا مؤديا إلى نقض الحكم .

(١) المستشار مصطفى هرجه ص ٤٩٧ .

(٢) المستشار مصطفى هرجه ص ٤٩٨ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" العقد قانون العاقدین ، فالخطأ فی تطبيق نصوصه خطأ فی تطبيق القانون العام يخضع لرقابة محكمة النقض . ففي دعوى المقاوَل الذى لم يدفع للمدعى علیه (وزارة الحربية) غير التأمین المؤقت وعندما أعلن بقبول عطائه وكلف بإيداع التأمین النهائي امتنع ولم يحرر عقد التوريد ، وطلب إعفاءه من التعهد فألغى المدعى علیه عطائه وانصرف إلى غيره فى استيراد المطلوب له فى هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها الذى كان يجب تطبيقه ، فلمحكمة النقض أن تنتقض الحكم وتفصل فى الدعوى على أساس الشروط الواجبة التطبيق . ولايرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها الآخر على الدعوى هو مما يدخل فى ولاية قاضى الموضوع دون رقابة عليه فيما يرنثيه من تفسير هذه الشروط ، لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/١٢/٢٣)

مادة (١٤٩)

إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تصفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة . ويقع بإطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

الشرح

١٦٢- سلطة القاضي في تعديل الشروط التصفية أو إعفاء الطرف المذعن في عقود الإذعان من هذه الشروط .

يتضمن نص المادة (١٤٩) إحدى الحالات البارزة في التقنين الحالي التي أعطيت للقاضي فيها سلطة تعديل العقد ، وهي سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير .

فإذا بان للقاضي توافر الشروط التي يلزم توافرها حتى يعد العقد قد انعقد بطريق الإذعان- بالتفصيل الذي أوردناه في شرح المادة (١٠٠) مدني- وأن من بين شروط العقد ما يعد شرطا تصفيا، كان له إما أن يعدل الشرط بحيث يزيل ما فيه من تصف ، وإما أن يعفى الطرف المذعن منه إعفاء تاما ، وليس هناك من حدود لما يراه في هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة . فالعدالة هي الدافع إلى تعديل الشرط أو الإعفاء منه . وبذلك يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التصفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني أو فطلي^(١) . ولا يحول بين الطرف المذعن وبين حقه في طلب حمايته من الشرط التصفى ، سبق علم هذا الطرف بهذا الشرط ومدى تصفه قبل أن يقدم على إبرام العقد . وذلك لمطلق عموم النص ، ولأنه لم يكن بوسع

الطرف المذعن عدم الاتصياح لهذا الشرط إلا بالامتناع عن
التعاقد وهو ما يؤدي إلى حرمانه من الحصول على السلعة أو
الخدمة رغم كونها ضرورية . ومن ثم يتعطل الهدف الذي توخاه
المشرع وهو تمكين الجمهور من الحصول على السلع والخدمات
الضرورية في ظل حمايته من تعسف المسيطر عليها^(١).

وفي ظل القانون القديم ، حيث لم يوجد نص مقابل للمادة (١٤٩) ، كان
القضاء يعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية واجبة الاحترام، فكان يطبق
شروط العقد المطبوعة والمكتوبة على السواء ، إلا أنه كان يغلب عند
الاختلاف الشرط المكتوب على الشرط المطبوع ، كما أنه كان يتساهل
أحياناً في الاعتراف بوجود عيب في الإرادة حتى يهئ طريق الخلاص
من العقد ، كما أنه لم يكن يتبع القاعدة العامة في تفسير العقود (م ١٤١
من القانون القديم) ، من أن الشك يفسر لمصلحة المدين ، بل كان يفسر
الشك دائماً لمصلحة الطرف المذعن ، دائماً كان أو مدنياً ، وذلك حتى
تتحقق الحكمة التي توخاها المشرع من وضعه لتلك القاعدة الخ (أحمد
حسنت أبو ستيت ص ١٠٤ وما بعدها) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢١٣ - المستشار عزت حنوره سلطة
القاضي في نقض وتعديل المعاملات طبعة ١٩٩٤ ص ٣١٩ وما بعدها -

ولإينال من ذلك ما جاء على خلافه بمذكرة المشروع التمهيدي عن المادة ٢١٧
فقرة أولى المقابلة للمادة (١٤٩) مدني لأن ما جاء بهذه المذكرة كان يتفق مع
ما جاء بنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ والذي عدل فيما بعد فأصبح النص
بعد تعديله لا يتفق ما جاء بالمذكرة .

وتفصيل ذلك أن المادة (٢١٧ فقرة أولى) كانت تنص على أن : " إذا تم العقد
بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم
يتبته إلى بعض الشروط التصفية التي تضمنها العقد، جاز للقاضي أن يجعل
ذلك محلاً للتعويض " .

وجاء عنه بمذكرة المشروع التهيدى أنه :

" فالأصل أن الحاجة إلى التصدير لا تعرض متى كانت عبارة للعقد واضحة ففى مثل هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أقرغت فيه بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج فى عقود الإذعان من الشروط الجائرة فالإلتجاء إلى التصدير يتعين بشأنها ، ولو كانت واضحة العبارة بيئة السياق. فمن واجب للقاضى أن يتثبت فى هذه الحالة مما إذا كان العاقد المذعن قد تنبه إلى هذه الشروط ، فإذا استوثق من تنبه هذا العاقد إليها كما لو كان العاقد الآخر قد احتاط فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد فى عقد مطبوع ، تحتم عليه إمضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات أما إذا تبين أن العاقد المذعن لم يتنبه إلى الشروط الجائرة فعليه أن يستبعدا وينزل على أحكام للقواعد العامة .

فى هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله ، متى تنبه إليه العاقد وارتضاه . فالإذعان لا يختلط بالإكراه ، بل أن التوحيد بينهما ينبو به ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يولى من حماية إلى العاقد المذعن ينبغي أن يكون محلا لأحكام تشريعية عامة- كما هو الشأن فى حالة الاستغلال- أو لتشريعات خاصة " .

غير أن المادة عدلت فى لجنة المراجعة وأصبح نصها التالى :

" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن من تنفيذها وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" .

وقد وافق مجلس الشيوخ على النص المذكور ، أى بصيغته الراهنة، وبذلك أصبح النص مجردا من عبارة " وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التعسفية التى تضمنها العقد " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٩١ ومابعدها) ..

١٦٣. بطلان الاتفاق على عدم تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها :

الحق الذى يقرره القانون للطرف المذعن فى تعديل الشروط التعسفية التى يتضمناها العقد بما يرفع عنه إحباطها أو فى إعفائه من تلك الشروط كلية ، يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم فإن الحق فى تعديل الشروط التعسفية أو فى الإعفاء منها يثبت للطرف المذعن ، ولو اتفق المتعاقدان على غير ذلك . ويقع هذا الاتفاق باطلا وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٩ فى عجزها من أنه : " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " (١).

١٦٤. سلطة القاضى فى اعتبار الشرط تعسفيا :

تقدير ما إذا كان الشرط يعد تعسفيا أم لا مسألة وقائع يتبين منها القاضى فى ضوء الظروف مدى ما فى الشرط من جور وشدة . ولامعقب لمحكمة النقض على تقديره مادامت عبارة العقد تحتل المعنى الذى أخذ به (٢).

(١) المنهوى ص ١٩٥ وما بعدها - جلال العلوى ص ٢٥٣ - عبد الفتاح

عبد الباقي ص ٢١٤ .

(٢) المنهوى ص ١٩٥ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠٦ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى النص فى المادة ١٤٩ من القانون المدنى أنه إذا تضمن العقد الذى تم بطريق الإذعان شروطا تعسفية فإن للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وفقا لما تقضى به العدالة ، ومحكمة الموضوع هى التى تملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا . وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه قد انتهى بأسباب سائغة إلى اعتبار الشرط الوارد بالبند الثانى من العقد شرطا تعسفيا رأى الإعفاء منه ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن جدل موضوعى غير مقبول " .

(طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢)

١٦٥- تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها لايجرى دون طلب :

رغم أنه لايجوز للطرفين الاتفاق على عدم تعديل الشروط التعسفية بالعقد أو الإعفاء منها لتعلق ذلك بالنظام العام كما رأينا، إلا أن أعمال أثر الحماية من الشرط التعسفى لايتعلق بالنظام العام. فلا يجوز للقاضى أن يعمل سلطته فى هذا الخصوص إلا بناء على طلب الطرف المذعن . ولكنه متى طلب هذا الطرف حمايته من ذلك الشرط التعسفى ، لايتقيد القاضى بذات الوسيلة المطلوبة ، وإنما يكون له اختيار الوسيلة التى يراها أنسب لتحقيق العدالة ورفع

التعسف . فقد يطلب الطرف المذعن إعفاءه كلية من الشرط الجائر ،
فيرى القاضى الإبقاء على الشرط مع تعديله على نحو يزول به
التعسف ^(١) .

ويجوز للطرف المذعن أن يطلب من القاضى إعمال تلك
الريخصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضى الموضوع .
ولكن لايجوز له أن يطلب إعمالها لأول مرة أمام محكمة النقض ،
لأن التمسك به يتخالط مع واقع ^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بعدم جواز تفسير وثيقة
التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المذعن طبقا للمادة ١٥١ من
القانون المدنى غير مقبول ، ذلك أنه يتضمن دفاعا جديدا لم يسبق
طرحه أو التمسك به أمام محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ١٦٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

١٦٦- تفسير الشك فى مصلحة الطرف المذعن :

لم تقتصر حماية القانون للطرف المذعن على تخويله الحق فى
أن يطلب من القاضى تعديل الشروط التعسفية التى قد يتضمنها
العقد بما يرفع إجحاقها حسب مقتضيات العدالة ، أو يطلب الإعفاء

(١) المستشار عزت حضوره ص ٣٢٠ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢١٤ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢١٤ - المستشار أنور طلبه ص ٥٦ .

منها كلية وإنما يقرر القانون وسيلة أخرى لحماية الطرف المدعى ،
وتتمثل هذه الوسيلة في وجوب تفسير الشك - إن وجد - في مصلحة
الطرف المدعى. وفي هذا تنص الفقرة الثانية من المادة (١٥١)
مدنى على أن : "ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير الشك الذى
تتضمنه العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف
المدعى " .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ١٥١) .

١٦٧- حماية الطرف المدعى فى بعض العقود :

حرص الشارع أيضا فى التقنين المدنى الجديد على أنه يكفل
حماية تشريعية للطرف المدعى . فأورد تنظيمًا خاصًا للعقود
الجديرة بهذا التنظيم ، وهى عقد التزام المرافق العامة (م٦٨٨-
٦٧٣ مدنى) وعقد العمل (م٦٧٤ - ٦٩٨) . وعقد التأمين (م٧٤٧-
٧٧١ مدنى) ، كما أصدر القانون القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣
بإصدار قانون العمل والذى سبقته تشريعات أخرى .

١٦٨- عدم تطبيق المادة (١٤٩) على العقود الإدارية :

لاطبق المادة (١٤٩) على العقود الإدارية ، فهى لها خصائص
معينة وتتضمن شروطًا غير مألوفة فى القانون الخاص .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) ترخيص مصلحة الجمارك للشركة الطاعنة بتشغيل
معمل لإنتاج المشروبات الكحولية تحت نظام الإيداع بشروط معينة
تتضمن جميعها التزامات على الشركة وحدها ، ليس في حقيقته
عقدا بالمعنى القانوني وإنما هو قرار إداري أصدرته مصلحة
الجمارك وفقا لأحكام المرسوم الصادر في ٩٠ سبتمبر سنة ١٩٣٤
الخاص برسم الإنتاج على الكحول والذي كان معمولا به وقت
إعطاء هذا الترخيص . ومن ثم فمتى كان الحكم المطعون فيه قد
أعمل الآثار القانونية لهذا القرار الإداري الذي يحكم الروابط بين
الطرفين وانتهى إلى نتيجة صحيحة موافقة للقانون فلا يعيبه ما ورد
في أسبابه من وصف ذلك القرار الإداري بأنه عقد ، ويكون النعي
على الحكم إغفاله الرد على ما طلبته الطاعنة من تطبيق قواعد
التفسير المنصوص عليها في المادتين ١٥٠ ، ١٥١ من القانون
المدني غير مجد إذ أن مجال تطبيق تلك القواعد هو العقود
ولا تنطبق على القرارات الإدارية .

(ب) - " متى ثبت أن للروابط بين الطرفين يحكمها قرار إداري
فإنه لا يجوز السطال من أحكامه بدعوى أنها جائرة وأن قبول
الطاعنة لها تم بطريق الإذعان ، إذ أن الاستثناء الوارد بالمادة
١٤٩ من القانون المدني في شأن عقود الإذعان خاص بالعقود
المدنية ولا يرسى على القرارات الإدارية . "

(طعن رقم ٤٨٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٢/١/٤)

٢- " من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الترخيص بالاستغلال - كاستغلال الملاحات - واحتواء العقد على شروط غير مألوفة في القانون الخاص يجعل وصف هذا العقد بأنه عقد إدارى وصفا قانونيا صحيحا ، وإذ كان الاستثناء الوارد بالمادة ١٤٩ من القانون المدنى فى شأن عقود الإذعان خاص بالعقود المدنية ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٧)

مادة (١٥٠)

- ١- إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .
- ٢- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

الشرح

تفسير العقد :

١٦٩- أولاً : حالة وضوح عبارة العقد :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه : " إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة للمتعاقدين " .

والشارع بهذه القاعدة قن ما جرى به قضاء محكمة النقض فى ظل التقنين القديم .

ومن هذا توجب التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول :

أن تكون عبارة للعقد فيه واضحة في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، وفي هذه الحالة لا تكون هناك حاجة إلى التفسير . فيجب على القاضي أن يأخذ بما تقول به عبارة العقد ، فإذا انحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر بحجة التفسير كان هذا تحريفا لما قصده المتعاقدان ، الأمر الذى يؤدي إلى نقض الحكم .

وهذا الحكم من المشرع يتفق والقاعدة الشرعية التى تضمنتها المادة ١٤ من المجلة والتى تقول إنه : " لاسماغ للاجتهاد فى مورد النص " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"لاريب أن إرادة المتعاقدين هى مرجع ما يرتب للعاقدين آثار ، بيد أن هذه الإرادة وهى ذاتية بطبيعتها ، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية ، هى عبارة للعقد ذاتها . فإذا كانت هذه العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة العاقدين المشتركة ، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة ، من طريق التفسير أو التأويل ، تلك قاعدة يقتضى استقرار التعامل حرصاً فى مراعاتها " (١) .

وإذا أخذ قاضي الموضوع بالمعنى الظاهر للعبارات الواضحة في العقد فإنه لا يوضع لرقابة محكمة النقض ولا يكون عليه أن يسبب أخذه بهذا المعنى^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن تفسير محكمة الموضوع لشروط عقد ما متى كان تفسيراً تحتمه عبارة تلك الشروط وليس فيه تشويه لأصل العبارة فإن محكمة النقض لا يكون لها تدخل فيه " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/١٢/٢٧)

٢- " إذا كانت المحكمة في تفسيرها ورقة من أوراق الدعوى لم تخالف ظاهر معناها فلا يكون عليها أن تورد أسباباً لذلك ، لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد حرقت اللفظ عن ظاهر معناه فيكون عليها أن تبين ما حملها على هذا التصرف " .

(طعن رقم ٥٥ ، ٧٤ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/٢٢)

٣- (أ) - " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . وإنزمت فمتى كان الثابت بالأوراق هو أن الطاعنة أبرمت عقداً مع المطعون عليها وصرحت لها فيه بأن تشيد من مالها الشخصي دوراً ثانياً بالمنزل المملوك لهما على الشيوع طلى أن يكون

للمطعون عليها حق الانتفاع به إلى أن توفىها الطاعة بحصتها في تكاليفه وعندئذ يكون لها حق الانتفاع به وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعة بطلب نصيبها في ريع الدور المذكور أقام قضاءه على أنها لم تدفع حصتها في تكاليف إنشائه فإن هذا الذي جاء بالحكم من تفسير لنصوص العقد فضلا عن استقلال المحكمة به متى كانت عبارة العقد تحتمله كما هو الحال في الدعوى فإنه لا خطأ فيه في تطبيق القانون " .

(ب) - " كما أن الحكم إذ قرر أن الاتفاق المشار إليه لا يعدو كونه نزولا ضمنيا عن حق للطاعة في الاستغلال لمدة مؤقتة ، وأنه اتفاق جائز وليس فيه ما يخالف النظام العام ، يكون قد نفى عنه ضمنا وصف أنه عقد قرض ، وليس في هذا الذي قرره الحكم خطأ في تطبيق القانون أو في تكييف العقد " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٠/٤/١٩٥٢)

٤- " إذا كان المدول الظاهر للاتفاق المبرم بين الطرفين هو التزام الطاعن باستغلال سينما لحساب المطعون عليه إلى أن يجد هو أو المطعون عليه خلال أجل محدد مستغلا لها وعندئذ يتعهد الطاعن بدفع نصف الإيجار الذي يقدمه المستغل الجديد فإن مودى ذلك أن هذا الالتزام مقيد بشرط وجود هذا المستغل خلال الأجل المتفق عليه بحيث ينتهي بانقضاء ذلك الأجل وإن فنى كان الحكم

المطعون فيه قد أسس قضاؤه بالإلزام للطاعن بنصف الإيجار عن المدة التالية لانتهاء الأجل استنادا إلى عقد الاتفاق سالف الذكر يكون قد انحرف في تفسير الاتفاق عن المعنى الظاهر له ومسخه مما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٦٥٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦١/٥/٤)

٥- " الانحراف عن المعنى الظاهر لعبارات العقد مسخ له ، فإذا كان قد نص في العقد على أن البيع خاضع لشروط بورصة مينا البصل وهو نص عام مطلق بحكم جميع شروط التعاقد بما في ذلك تحديد السعر فإن تفسير الحكم المطعون فيه لهذا النص بأنه قاصر على العيوب التجارية ينطوى على مسخ للعقد " .

(طعن رقم ٣١٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٧)

٦- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد التزم في تفسيره للشرط المتنازع عليه في عقد الهبة المعنى للظاهر لعبارته وضمن أسبابه أن هذا المعنى هو ما قصده المتعاقدان فلا يكون مطالبا بعد ذلك بإيراد أسباب أخرى لتبرير أخذه بالمعنى الظاهر لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد عدلت عن هذا المعنى الظاهر إلى معنى آخر فيكون عليها عندئذ أن تبين علة هذا العدول " .

(طعن رقم ٣٢٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥)

٧- " إذا كان الثابت من الأوراق أن العلاقة التي تربط البنك المطعون ضده بمدينه ناشئة عن عقدى فتح الاعتماد سالف الذكر

وكان الحكم المطعون فيه قد التزم في تفسيره لها المعنى الظاهر لعباراتهما وضمن أسبابه أن العلاقة بين البنك وعميله هي علاقة رهن حيازي تأميني مما يعتبر ردا ضمنيا على الادعاء بأنها علاقة وكالة بالعمولة ويسقط الحجج التي ساقتها الطاعة تدليلا على ذلك سواء من نصوص العقد أو من التصرفات التي عاصرت تنفيذه وهو ما يغني عن الرد على دفاع الطاعة في هذا الشأن استقلالا .

(طعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨)

٨- " المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون وإذا كانت عبارته واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها إذ يجب اعتبارها تعبيراً صادقا عن إرادتيهما لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه إذ عرض لعقد الإيجار سند الخصومة المرددة بين الطرفين وخلص إلى أن الإذن بالتأجير من الباطن للعين موضوع النزاع لا ينسحب على التنازل عن الإيجار الصادر عن المستأجرة الأصلية المتوفاة إلى الطاعن مستندا إلى أن نصوص عقد الإيجار توجب موافقة المطعون ضده - المالك - كتابة عند التنازل عن الإيجار وكان ذلك بأسباب سائغة كافية لحمله . فإن النعي عليه بهذا السبب يضحى على غير أساس " .

(طعن رقم ٢١١٠ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩١/١٢/٢٥ -

غير منشور)

الفرض الثاني :

أن تكون عبارة العقد فيه واضحة ، ولكنها بالرغم من ذلك لاتعتبر تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين . فى الفرض الأول يشمل الوضوح اللفظ والإرادة ، أما فى هذا الفرض فيقتصر الوضوح على اللفظ دون الإرادة . ولما كانت العبارة بوضوح الإرادة كان للقاضى أن يزاول عملية التفسير بالرغم من وضوح العبارة . فقد تكون كل عبارة من عبارات العقد واضحة فى ذاتها لكنها قد تتعارض فيما بينها بحيث يصبح المعنى المستخلص منها فى مجموعة غير واضح.

ومثال ذلك أن يذكر بالعقد أن الثمن الذى يلتزم به المشتري هو مائة ، ثم يجرى فى مكان آخر منه أن الثمن هو ثمانون . فالعبارتان السابقتان واضحتان ، لو نظرنا إلى كل منهما على حدة . ولكن بتقريب إحداها من الأخرى ، يظهر غموض فى حقيقة المقصود منهما ، وهنا نكون فى حاجة إلى تفسيرهما للتعرف على حقيقة ما ارضته الإرادة المشتركة .

كما أن العبارة الواضحة قد يحيط بها من الملابسات ما يرجح معها القاضى حمل معناها على معنى مغاير لظاهرها ، أو أن ظروف العقد وملابساته تدل على أن المتعاقدين قصدا معنى غير الذى يفيد التعبير (١) .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت من ٣٠٦ - عبد الفتاح عبد الباقى من ٥٢٢ .

وحينئذ يجوز للقاضي أن يترك المعنى الظاهر الذى تفيده عبارة العقد إلى معنى آخر يصل إليه عن طريق التفسير ويراه أكثر اتفاقاً منع إرادة المتعاقدين . ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يبين فى حكمه الأسباب التى دعت إلى العدول عن المعنى الظاهر للعبارة الواضحة فى العقد إلى المعنى الذى رجحه ، بحيث يتضح من هذا البيان أنه أخذ باعتبارات مقبولة تؤدى عقلاً إلى النتيجة التى انتهى إليها ، وإلا نقض الحكم لقصور فى التسبيب .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفهم نصوص العقود وتعرف ما قصده **العاقدين** منها دون أن تنقيد بألفاظها ، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها فى ذلك ، مادامت قد بينت فى أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به فى قضائها ، ولماذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد ، وما هى الظروف والملابسات التى رجحت لديها ما ذهبت إليه " .

(طعن رقم ٣٤ لسنة ١ ، ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٣/١٠)

٢- " لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود المتعاقدين مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابستها . ولها بهذه السلطة أن تدخل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف

على معناها إلى خلافه بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عنه ، وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذى اقتضت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها ، فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانونا أن يبنى عليها وبناء على ذلك لا يصح - عند الاختلاف بين صيغة التنازل الصادر من أحد طرفي العقد بشروط معينة وصيغة القبول الصادر من الطرف الآخر بلا قيد ولا شرط - أن تعتبر المحكمة هذا التنازل نهائيا من غير أن تبين في حكمها كيف تلاقى كل من الإيجاب والقبول بين الطرفين تلاقيا محققا لغرض القانون ومؤديا إلى انعقاد الالتزام ، إذ يكون الحكم الصادر باعتبار هذا التنازل نهائيا مبهما إيهاما يجعله كأنه غير مسبب " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ١ ق جلسة ١٠/٣/١٩٣٢)

٣- " إذا كان مقطع النزاع فى الدعوى متعلقا بدخول الأرض المتنازع عليها فيما بيع للمدعى بالعقد الذى تم بينه هو وخصمه ، وقضت المحكمة بأنها غير داخلة ، ولم تعتمد فى ذلك إلا على التفسير الذى ارتأته لبند واحد من البنود الكثيرة الواردة فى عقد البيع المطروح عليها مع المستندات الأخرى المكملة له بدون أن

تحدث عن هذه الأوراق والبند الأخرى ، فإن سكوتها هذا يعيب حكمها بما يوجب نقضه . وذلك بغض النظر عن صحة تفسيرها للبند الذى فسرته " .

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٣/٢٣)

٤- سلطة قاضى الموضوع فى العدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط مقيدة بأن يبين فى حكمه لم عدل عنه إلى خلافه وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذى أخذ به ورجح أنه هو مقصود المتعاقدين بحيث يتضح لمحكمة النقض من هذا البيان أن القاضى قد اعتمد فى تأويله لها على اعتبارات معقولة يصح معها استخلاص ما استخلصه منها " .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣)

٥- " يجب فى تفسير العقد إعمال الظاهر الثابت به ، ولايجوز العدول عنه إلا إذا ثبت ما يدعو إلى هذا العدول ، وإذا كان ادعاء المطعون عليه وقوع الغلط فى تحديد الأجرة المثبتة بعقد الإيجار بإعماله التخفيض الوارد بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ يستلزم - وعلى ما نصت عليه المادة ١٢٠ من القانون المدنى - أن يثبت إما أن المتعاقد الآخر اشترك معه فى الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، وكانت القرائن التى ساقها الحكم المطعون فيه لا تؤدى إلى ذلك ، فإنه إذ قضى بتحديد أصل الأجرة على

خلاف ما ورد صريحا بالعقد يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ."

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢١ وطعن رقم ٦٢٩ لسنة ٤٠ ق ذات الجلسة)

٦- "تقضى قواعد التفسير وفق المادة ١/١٥٠ من القانون المدني بعدم جواز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة للتعرف على إرادة العاقلين ، إلا أن المقصود بالوضوح - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ . فقد تتسم كل عبارة من عبارات العقد بالوضوح في ذاتها ولكنها تتعارض فيما بينها بحيث يغم المعنى المستخلص منها فلا يجوز للمحكمة وهي تعالج تفسير المحررات أن تعتد بما تعنيه عبارة معينة دون غيرها بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيد العبارات بأكملها وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة " .

(طعن رقم ١٤٦٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)

٧- "النص في المادة ١/١٥٠ من القانون المدني يدل على أن القاضى ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي ، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر ، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصديق عما تقصده الإرادة،

وعلى القاضى إذا ما أراد حمل العبارة على نص مغاير لظاهرها أن يبين فى حكمه الأسباب المقبولة التى تبرر هذا المسلك " .

(طعن رقم ١٤٧٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٤)

٨- " من المقرر أن مفاد المادة ١/١٥٠ من القانون المدنى أن القاضى ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هى ، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض فى الأصل أن اللفظ يعبر بصديق عما تقصده الإرادة ، وعلى القاضى إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين فى حكمه الأسباب المقبولة التى تبرر هذا المسلك وهو يخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٢)

٩- " تفسير العقود والشروط للتعرف على مقصود العاقدين من سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان تفسيرها مما تحتمله عباراتها ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها ولا تنقيح المحكمة بما تفيده عبارة معينة منها وإنما بما تفيده فى جملتها " .

(طعن رقم ٧٩٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٣١)

١٧٠- ثانيا : حالة غموض عبارة العقد :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه :

" أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى " .

وعلى ذلك فإنه إذا لم تكن نصوص العقد واضحة بأن كانت غامضة أو متناقضة ، أو تنطوى على لبس أو يمكن تأويلها على أكثر من معنى ، فلا يمكن القول بأن الإرادة الظاهرة تعبر عن إرادتهما الحقيقية إذ لا يمكن افتراض أن الطرفين قد قصدا الغموض والتناقض واللبس ، بل يجب جلاء هذا الغموض وقطع ذاك التناقض على اعتبار أن إرادة الطرفين الحقيقية إنما هي إرادة محددة واضحة^(١).

ويكون ذلك عن طريق تفسير العقد . وتفسير العقد يناط أصلا بالقاضى ، والقاضى حينما يفسر العقد يستهدف البحث عما قصده الإرادة المشتركة لطرفيه .

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٢٧٩ .

وينبغي على القاضى وهو فى مجال التفسير ، ألا يقف بالضرورة عند المعنى الحرفى لألفاظ العقود عباراته. فالعبرة فى العقود - كما فى غيرها - بالمقاصد والمعانى وليست بالألفاظ والمباني^(١). ولا سلطان لمحكمة النقض على قاضى الموضوع فى تفسيره للعقد واستجلاء نية الطرفين ، مادام الرأى الذى انتهى إليه سائغا مقبولا بمقتضى الأسباب التى بناها عليها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- إن محكمة الاستئناف إذا فشرت ورقة ما وجه رأيه موافقا لمقاصد العاقدین مستعينة فى ذلك بما سبق هذه الورقة من مكاتيب ومفاوضات وبما اكتنف الدعوى من ظروف وأحاط بها من ملابسات بانية تفسيرها على اعتبارات مؤدية لوجهة نظرها، فإنها إذ تفعل ذلك لا تكون خالفت أية قاعدة قانونية بل عملت فى حدود سلطتها القانونية .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١٢/٢١)

٢- " إن القانون إذا كان يجعل من حق محكمة الموضوع تقدير قيمة المستندات فإنه لايسمح لها بمناقضة نصوصها الصريحة .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/١/٥)

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٢٣ ومابعدها - عبد المنعم الصده ص ٣١٩ ومابعدها .

٣- " لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود واستجلاء نية المتعاقدين فيها ولا سلطان لمحكمة النقض عليها في ذلك مادام الرأى الذى انتهت إليه سائغا مقبولا بمقتضى الأسباب التى بنته عليها " .

(طعن رقم ٧٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٣/١٦)

٤- " للمحكمة أن تستعين بالبيئة والقرائن فى تفسير ما غمض من نصوص العقد فإذا كانت المحكمة بعد أن أوردت عبارات العقد المتنازع على تكييفه أهو عقد قسمة أم عقد بدل واستعرضت أسانيد كل من الطرفين لوجهة نظره قد اعتبرته عقد بدل بناء على ما ذكرته من أسباب مسوغة لذلك مستخلصة من عبارات العقد ومن ظروف الدعوى فإنها تكون فى حدود سلطتها وكل مجادلة لها فى ذلك تكون مجادلة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها " .

(طعن رقم ٦٦ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٦/٧)

٥- " إذا لم تبلغ عبارات العقد من الوضوح الحد الذى يدعو إلى عدم الإنحراف عنها تعين عند تفسيره البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات (المادة ٢/١٥٠ مدنى) وينبى على ذلك أنه متى أولت هيئة التحكيم عبارات عقد الصلح

المبرم بين الطرفين بأنها تتطوى على إقرار من الشركة (صاحب العمل) بحق المستخدمين والعمال في " المنحة " على أن يكون تقديرها مرتبطا بحالة الشركة المالية وبنيت على ذلك تقديرها للمنحة فإنها لا تكون قد خالفت عبارات العقد أو انحرفت عن مدلول عباراته ، ولا وجه للتحدى بأنه يشترط في المنحة أن تكون ثابتة المقدار لأن هذا الثبات إنما يشترط توافره عندما يكون مصدر المنحة العرف الذي جرى بإعطائها لا الاتفاق " .

(طعن رقم ١٣٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١/٣)

٦- " لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير المستندات وصيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه هي أوفى بمقصود المتعاقدين واستخلاص ما يمكن استخلاصه منها . ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كانت عبارات العقد تحتل المعنى الذى حصلته محكمة الموضوع منها . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد فيما استخلصه من العقد على المعنى الظاهر له وبين الاعتبار المعقولة المؤدية إلى ما ذهب إليه فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور " .

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣١)

٧- " لا يحق للمحكمة وهي تعالج تفسير المحررات أن تعتد بما تسيده عبارة معينة من عبارات المحرر بل يجب عليها أن تأخذ بما

تقيده العبارات بأكملها وفي مجموعها . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد وقف عند الشق الأول من العبارة الواردة في مذكرة الطاعن وفسرها بما فسرهما به دون اعتبار لما يكملها من عبارات تفصح عن معناها وحقيقة القصد منها فإنه يكون قد خالف قواعد التفسير وفسر تلك العبارات بما يشوه معناها ويعتبر مسخا له " .

(طعن رقم ١٤٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/١٠)

٨- " لا يجوز الاعتماد على المعنى الذى تقيده العبارات المدونة فى بعض سطور الورقة على استقلال إلا إذا ثبت أن العبارات الأخرى التى كان يحويها المحرر قبل وقوع التزوير فيه لم يكن فيها ما يتعارض مع ذلك المعنى أو يؤثر عليه إذا أن عبارات المحرر يكمل بعضها بعضا وتفسيره إنما يكون على مقتضى ما تقيده جميع عباراته مجتمعة لا بما تقيده عبارات معينة منها " .

(طعن رقم ٣٩٤ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٦/٩)

٩- " من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أننى بمقصود العاقلين وفى استخلاص ما يمكن استخلاصه منها ولا سلطان لمحكمة النقض عليها مادامت تلك الصيغ والشروط تحمل المعنى الذى حصلته " .

(طعان رقما ١٤٥٩، ١٤٦٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١/٤)

١٠- " جرى قضاء النقض على أنه ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير صيغ العقود والمحركات للوصول إلى النية المشتركة لأطرافها من إيرادها مادامت لم تخرج في تفسيرها عن مدلولها وكان هذا التفسير سائغا إلا أنه لا يجوز لها وهي تتناول تفسير المحركات أن تعتمد بما تفيده عبارة معينة من عبارات المحرر بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفي مجموعها " .

(طعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

١١- " المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير الإقرارات والاتفاقات والمستندات وسائر المحركات بما تراه أدنى إلى نية عاقدتها أو أصحاب الشأن فيها مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها دون رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك ، مادامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عباراتها ومادامت ما انتهت إليه سائغا مقبولا ولا خروج فيه عن المعنى الظاهر لها ، ولا بتقيد المحكمة بما تفيده عبارة معينة منها وإنما بما تفيده في جملتها " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٠)

١٢- " من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والمشارطات وسائر المحركات واستخلاص ما ترى أنه الواقع الصحيح في الدعوى ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في

ذلك مادامت لم تخرج فى تفسير العقود عما تحمله عباراتها أو تجاوز المعنى الواضح لها " .

(طعن رقم ٩٨٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١/١)

١٣- " تفسير العقود والشروط للتعرف على مقصود العاقدین من سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان تفسيرها مما تحمله عباراتها ولا خروج فيه عن المعنى الظاهر لها ولا تنقيذ المحكمة بما تعيده عبارة معينة منها وإنما بما تعيده فى جملتها " .

(طعن رقم ٧٩٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٣١)

١٤- " مؤدى نص المادة ٢١٩ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة فى تفسير صيغ العقود والإقرارات بما تراه أوفى بمقصود العاقدین وفى استخلاص ما يمكن استخلاصه منها ولا سلطان لمحكمة النقض عليها مادامت تلك الصيغ والإقرارات تحتل المعنى الذى حصلته " .

(طعن رقم ١٠٣٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١/١٩)

العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تفسير العقد :

أشارت المادة إلى بعض العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تفسير العقد ، غير أن هناك عوامل أخرى لم يرد عليها النص ويستطيع القاضى الاسترشاد بها فى تفسيره .

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى :

١٧١- أولاً : العوامل التى ورد النص عليها بالمادة :

١- طبيعة التعامل :

يقصد بطبيعة التعامل ، طبيعة العقد وموضوعه ، أو نوع المشاركة ، طبقاً للتكييف الصحيح للعقد أو للمشاركة إذ من المنطق الطبيعى أن تتصرف لإرادة الطرفين إلى المعنى الذى يتفق مع نوع العقد طالما لم يوجد ما يؤكد أخذهما بالمعنى المخالف .

فإذا كان غموض عبارة من عبارات العقد يرجع إلى احتمالها أكثر من معنى ويتمسك كل طرف بمعنى منها مختلف ، كان الأجدر بالاتباع في التفسير هو حمل مدلول العبارة على المعنى الذى يلائم طبيعة التعامل أكثر من غيره . فإذا اشترط المعير على المستعير أنه فى حالة هلاك الشئ فإن المستعير يرد مثله ، فلا يؤخذ هذا الشرط على أن العقد عارية استهلاك ، بل يؤخذ على أنه عارية استعمال ، ولكن بدلا من التزام المستعير بالتعويض فى حالة هلاك الشئ فهو يلتزم برد شئ مماثل للشئ محل العقد .

وإذا تخرج أحد الورثة عن نصيبه الذى آل إليه من التركة دون تحديد عناصر هذه التركة فى عقد التخرج ، حمل هذا على أن التخرج يشمل جميع أموال التركة حتى لو كان بعض عناصرها مجهولا ، لأن هذا هو الذى يتفق مع طبيعة التخرج^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير العقود وتقرير ما ترى أنه كان مقصود العاقدین مستعينة بظروف الدعوى وملابساتها ، وإن فتنى كان الحكم قد استظهر من عبارة الاتفاق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى البيع لا التنازل عن الصنفه الراسى مزادها على المطعون عليه عن طريق إحلال الطاعن محله فيها . وكان هذا الذى استخلصه الحكم مستندا من أوراق الدعوى ولا يخالف الثابت بها فإن ما نعاه عليه الطاعن يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢١٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/١)

٢- " إذا كانت محكمة الموضوع لم تهدر حجية سند محرر بين الطاعن ومورث المطعون عليها ولم تغفل سببه المطروح فيه واعتبرته ورقة موقوتة استنفذ الغرض منها بالاتفاق المبرم بين طرفيها والمنطوية

(١) السنهورى ص ٤٩٧ - المستشار عزت حنوره ص ٥٨ وملابساتها .

عليه ورقة محاسبية لاحقه ، وكانت المحكمة قد استظهرت ما تدل عليه ورقة المحاسبة وما قصد من تحريرها مستندة في ذلك إلى تفسير عباراتها تفسيراً مستمداً من ظاهرها ومن ظروف الدعوى وملابساتها التي بينها ومن القرائن العديدة التي ساققتها في تفصيل وإيضاح ، وكانت الأسباب التي أقامت المحكمة عليها قضاءها في هذا الخصوص تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها فإن النعي على الحكم بالمسح أو التناقض يكون نعيًا لا سند له .

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٤/٦/١٩٥٩)

٢- ما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين :

والأمانة هي واجب على المتعاقد أما الثقة فهي حق له . فالأمانة تفرض على الموجه إليه الإيجاب واجبا هو أن يفهم الإيجاب بما تقتضيه أمانة التعامل ، فإذا كان في عبارة الإيجاب خطأ استطاع أن يكشف عنه الموجه إليه وجب عليه ألا يستفيد من ذلك . كما أن الثقة تخول للموجه إليه الإيجاب الحق في أن يأخذه بحسب معناه الظاهر وعلى أن هذا المعنى هو الذي قصد إليه الموجب^(١) .

٣- العرف الجاري في المعاملات :

والعرف نوعان :

النوع الأول ، عرف كمصدر للتشريع يلي في المرتبة القانون ، وهو ينشئ قواعد قانونية سواء أكانت أمرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين ، ولهذه القواعد في الحالين قوة ملزمة إذ يتعين تطبيقها جبرا متى كانت أمرة ، ومتى لم يصرح العاقدان بما يخالفها إذا كانت هذه القواعد مكملة . وهذه القواعد المكملة لا تتوقف على العام المسبق .

والنوع الثاني ، هو العرف كمجرد أداة معاون في التفسير ، ويراد به ما استقر في التعامل من عادات لم ترق من بعد إلى

(١) المنهوى ص ٤٩٧ - أحمد حشمت أبو شيت من ٣٠٨ .

مستوى العرف الذى يجعله ملزما وهذه العادات يظلب اتفاق العاقدين عليها باختيارهما صراحة أو ضمنا .

ولما كان الاختيار يستلزم سبق العلم ، فمن ثم لا يمكن افتراض اتجاه الإرادة إلى الأخذ بالعادة الجارية إذا كانت هذه للعادة مجهولة لأى من المتعاقدين وقت التعاقد . ولذا يجب على من يتمسك بتفسير العقد فى نطاق عادة ما ، أن يثبت وجود هذه العادة والعلم بها وتقدير ثبوت العادات والتحقق من قيامها ودلائلها يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا حيث يحيد عن أعمال حكم العادة التجارية التى ثبت لديه قيامها ^(١) .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير المشارطات على وفق الغرض الذى يظهر أن العاقدين قد قصدها - مهما كان المعنى اللغوى للكلمات المستعملة - مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى ، فله - اعتمادا على شروط عقد البيع ومفهوم مقصود العاقدين منها - أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ فى طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرتفق بالمطل والنور والهواء " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٧)

٢- " لقاضى الموضوع أن يتحرى نية العاقدين من أى طريق يراه وليس عليه أن يرجع فى ذلك إلى العرف إلا إذا كان للقانون لا يوجد فيه نص يحكم العقد أو كان العقد ليس فيه ما يكشف عن قصد المتعاقدين فيه أو كان ذلك مبهما فيه . فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت

(١) المستشار عزت حنوره ص ٥٩ ومابعدا - الدكتور المستشار محمد شتا ص ٨٧٩ ومابعد .

من فهمها للواقع تحصيلاً سائفاً أن العاقدین قد قصدا من اتفاقهما أن يكون الاحتكام فيما يختلفان فيه إلى ما نص عليه فى التعاقد ، وكان التعاقد جلياً فى ذلك لا لبس فيه ، وليس فيه مساس بالنظام العام ، ثم أقرت حكمها بمقتضى ذلك على النزاع القائم بين طرفى العقد فلا غبار على قضائها ، ولا سبيل إلى محكمة النقض عليها فيه .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٤٠/٣/٢٨)

٣- " تقدير ثبوت العادات التجارية والتحقق من قيامها وتفسيرها يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا حيث يحيد من أعمال حكم العادة التجارية التى ثبت لديه قيامها .

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٢)

٤- " جرى قضاء محكمة النقض بأنه لا محل لإعمال حكم المادتين ١٣٤ ، ١٣٥ من قانون التجارة الخاصتين بتظهير الكمبيالة على الشيك لاختلاف طبيعة الكمبيالة عن الشيك وإذ لم يضع القانون التجارى أحكاماً خاصة بتظهير الشيك وكان العرف قد جرى على أن مجرد التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيراً ناقلاً للملكية وذلك تيسيراً لتداوله وتمكيناً له من أداء وظيفته كأداة وفاء فإن هذا العرف يكون هو الواجب التطبيق ما لم يثبت صاحب الشأن أنه أراد بالتوقيع أن يكون تظهيراً توكلياً .

(طعن رقم ١٤١٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢١)

١٧٢- ثانياً : العوامل التى لم يرد النص عليها بالمادة :

هناك عوامل أخرى يستعين بها للقاضى فى تفسير العقد لم يرد النص عليها بالمادة (١٥) ، وقد نص عليها القانون الفرنسى ، ولا يوجد ما يمنع من الأخذ بها فى مصر ، ومنها :

١- إعمال الكلام خير من إهماله :

يعنى ذلك أنه إذا احتملت عبارة العقد أكثر من معنى فإنه يتعين حملها على المعنى الذى يجعل له أثرا قانونيا وهو معنى يكون له مفهوم محدد . ويتعين استبعاد المعنى الذى يجرداها من كل أثر ، واعتباره قد جاء من نوافل القول والشروط الزائدة التى لا مبرر لها . أو استبعاد المعنى الذى يرتب عليها أثرا مخالفة للنظام العام . وهذا ما يعبر عنه فقهاء الشريعة بقولهم : " إعمال الكلام خير من إهماله " . وهذا السبيل نص عليه المشرع الفرنسى فى المادة (١١٥٧) مدنى^(١) .

٢- مراعاة العقد فى مجموعه :

العقد فى مفهوم المتعاقدين كل لا يتجزأ وشروطه متكاملة ، يشرح كل منها الآخر ويوضحه ، وإذا ثار نزاع بصدد أحد الشروط تعين فهمه على ضوء باقى الشروط .

٣- تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم :

قد يعطى المتعاقدان أهمية خاصة لمسألة معينة ، فيوردانها فى العقد إما عمدا لمنع أى شك حولها ، وإما جهلا منهما لاعتقاد - مخالف للحقيقة - أن القانون قد غفل عن النص على أحكامها . فهذا التخصيص بالذكر من جانبهما لا يتعين أخذه على أنه وارد على سبيل الحصر لا المثال ، بحيث يقال إن ما عدا ما ذكر لا يخضع للحكم الوارد بالعقد ، إلا إذا ظهر جليا أن هذا هو مقصود الطرفين . عندئذ يتعين إعمال مفهوم المخالفة ، بالقول بأن ما لم يرد النص عليه فى العقد لا يسرى عليه الحكم .

وقد أخذ المشرع الفرنسى بهذا المبدأ فى المادة ١١٦٤ مدنى^(٢) .

(١) طمى بهجت بدوى ص ٢٧٩ - المستشار الدكتور محمد شتا ص ٨٧٨ .

(٢) المستشار محمد شتا ص ٨٧٩ .

٤- ورود شرط مطبوع بالعقد :

إذا كان الشرط الوارد بالعقد مطبوعا ، فالأصل أن هذا الشرط شأنه شأن الشرط المكتوب . إلا إذا تبين للمحكمة أن المتعاقد الملزم بهذا الشرط لا يمكن أن يكون قد التفت إليه وقت توقيعه ولو فعل لرفضه .

٥- حالة وجود شروط العقد مطبوعة وإضافة شروط مكتوبة تتعارض معها :

إذا كانت شروط العقد مطبوعة ولكن أضيفت إليها شروطا مكتوبة تتعارض معها ، فإنه يجب تغليب الشروط المكتوبة باعتبارها تعبيراً صحيحاً عن إرادة المتعاقدين .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وإذا استعمل المتعاقدان نموذجا مطبوعا أضافا إليه بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى شروطا تتعارض مع الشروط المطبوعة وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعبيراً صحيحاً عن إرادة المتعاقدين " .

(طعن رقم ٨٢٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢١ غير منشور)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين ، عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائما كان أو مدينا . فالمفروض أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بيّنة ، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسببا فى هذا الغموض " أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الأسباني وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوى ، وهى تنص على أن إيهام العبارة يفسر ضد من صدرت عنه ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٠٠ .

مادة (١٥١)

- ١- يفسر الشك في مصلحة المدين .
- ٢- ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى .

الشرح

١٧٢ مكررا - تفسير الشك في مصلحة المدين :

إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد وبقي هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين رغم إعمال أحكام التفسير التي ذكرناها فيما سلف ، فإنه يجب تفسير هذا الشك في مصلحة المدين دون الدائن ، لأن الأصل في الزمة البراءة .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد وبقي الشك يكتنف إرادة المتعاقدين المشتركة رغم إعمال أحكام التفسير التي تقدمت الإشارة إليها ، فسر هذا الشك في مصلحة المدين دون الدائن . تلك قاعدة أساسية أخذت بها أغلب التقنيات ، وهي ترد إلى أن الأصل في الزمة البراءة وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه ، باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل . فإذا بقي شك لم يوفق الدائن إلى إزالته فمن حق المدين أن يفيد منه »^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ... فإذا اختلف طرفا الدعوى على تفسير ورقة وقال المدعى إن المبلغ الوارد بها قرض واجب الأداء ، وقال المدعى عليه إنه لم يكن قرضا اقترضه من المدعى وإنما هو جزء من ثمن قطن تسلمه للمدعى من زراعته بصفته وكيلًا عنه وباعه وقبض ثمنه ، ورشح المدعى عليه لهذا الادعاء بعبارة الورقة المطالب بقيمة وأوراق أخرى قدمها ، فحكمت محكمة الاستئناف تمهيدًا باستجواب الخصمين وحققت ما ادعاه كل منهما ، وحصلت مما استظهرته من القرائن ومن جميع ظروف الدعوى أن دعوى المدعى عليه أرجح من دعوى المدعى ، وأن هذه القرائن - على أقل تقدير - موجبة للشك في سبب الدين المدعى به ، فرفضت الدعوى ، فهذا حكم صحيح ولا مخالفة فيه لا لحكم المادة ٢١٥ ولا لحكم المادة ١٩٤ من القانون المدني) .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١٢/٧)

٢- " إن الاشتباه في الغرض المقصود من المشاركة الذى يجب معه ، بحكم المادة ١٤٠ من القانون المدني ، تفسير المشاركة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذى يقوم فى نفس القاضى لخلو الدعوى من دليل مقنع . فإذا كان المستقل من الحكم أن المحكمة قد استخلصت فى اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشتري بمطالبة بثمان القطن المبيع له أنه تسلم المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالثمان ، فإن حكمها يكون سليما ولا غبار عليه " .

(طعن رقم ٢١ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/١٤)

١٧٢ مكررا "١" - تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان :

لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن .

وفي هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين ، عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله .

وقد استنتى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أو مدينا . فالمفروض أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقلين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بيّنة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسببا فى هذا الغموض (أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الأسباني وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوى ، وهى تنص على أن إيهام العبارة يفسر ضد من صدرت عنه " (١) .

مادة (١٥٢)

لا يرتب العقد التزاما في نعمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا.

الشرح

١٧٣- المقصود بالغير :

المقصود بالغير هنا أى فى مجال انصراف آثار العقد ، هو كل شخص عدا العاقدين وخلفائهما (سواء الخلف العام أو الخلف الخاص) ودائتيهما (الذين ترد إليهم آثار العقد بطريق غير مباشر) .
ويلاحظ أن الغير فى موضوع معين يختلف عما يراد به فى موضوع آخر . فمعناه هنا يختلف عن معناه فى الشهر أو الصورة ، أو ثبوت التاريخ أو غير ذلك .

١٧٤- القاعدة الواردة بالمادة :

القاعدة أن نسبية أثر العقد تهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع ، وهو ما يقتضى انصراف آثار العقد إلى طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائتين - فى الحدود التى بينها القانون - فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلى غيرهم .

غير أنه يجوز الخروج عن هذا المبدأ بإرادة طرفيه فى شقه الإيجابى بإنشاء حق الغير على النحو الذى تنص عليه المادة ١٥٣ دون شقه السلبى بتقرير التزام على الغير .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الأصل فى العقود أن تقتصر آثارها على عاقبتها . فلا يترتب ما تنشئ من التزامات إلا فى ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من الخلفاء والدائنين، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة . وكذلك الشأن فيما ترتب العقود من حقوق فلا ينصرف نفعها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم . على أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير وهذا هو الاستثناء الحقيقى الذى يرد على القاعدة ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المطعون ضدهم ومورثهم إذ لم يكونوا أطرافاً فى عقد القسمة المسجل الذى اختص فيه الطاعنون بأرض النزاع فإن القاعدة فى نسبية أثر العقد طبقاً لما جرى به نص المادة ١٤٥ من التقنين المدنى أنها لا تكون ملزمة إلا لعاقديها سواء كان العقد عرفياً أو رسمياً أو مسجلاً " .

(طعن رقم ٥٥٣ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢١)

٢- " النص فى المادة ١٥٢ من القانون المدنى على أنه لا يترتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً يدل على أن مبدأ نسبية أثر العقد يهيم على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص . والموضوع مما يقتضى أن أثر العقد إنما يقتصر على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٠٢ .

طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائنين - في الحدود التي بينها القانون ، فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلا إلى عاقديه غير أنه يجوز الخروج على المبدأ السالف بإرادة طرفيه في شقه الإيجابي وهو إنشاء الحق دون شقه السلبي وهو تقرير الالتزام ، بمعنى أنه ليس لطرفي العقد أن يرتبا باتفاقهما التزاما في ذمة الغير ، وإن كان لهما أن يشترطا حقا لمصلحة ذلك الغير " .

(طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩)

٣- " الأصل في العقود طبقا لنص المادة ١٥٢ من القانون المدني ، ألا ينصرف أثرها إلى غير المتعاقدين أو الخلف العام أو الخاص إلا إذا كان من شأنها أن تكسب هذا الغير حقا " .

(طعن رقم ٢٣٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢)

(أنظر أيضا طعن رقم ٨٧٩٧ لسنة ٦٦ ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣)

المنشور ببند (١٧٦) .

١٧٥- استثناءات على القاعدة :

إلا أنه ترد على القاعدة السالفة عدة استثناءات ، بحيث ينصرف فيها أثر العقد إلى الغير .

ومن أمثلة ذلك .

أولاً : استثناءات تقع بحكم القانون . وفيها يقضى القانون بانصراف أثر العقد إلى الغير بصفة استثنائية لاعتبارات ترجع إلى العدالة أو استقرار التعامل أو ضمان حسن إدارة المال الشائع أو غير ذلك . ومن أمثلة ذلك :

١- يعطى القانون أحيانا للغير دعوى مباشرة فى شأن عقد لم يكن طرفا فيه ، وهى دعوى أحد المتعاقدين على الآخر . فيكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى ضد مدين مدينه . وبذلك تصبح بمثابة امتياز للدائن على الدين فى ذمة مدين مدينه ، فيتيسر للدائن أن يأمن بها مزاحمة غيره من الدائنين الذين لم تقرر لهم هذه الدعوى . ولذلك فهى لا تقرر إلا بمقتضى نص فى القانون من ذلك دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن ، إذ يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى المؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينزله المؤجر (م ٥٩٦ مدنى) .

ودعوى المقاول من الباطن والعمال قبل رب العمل ، إذ يكون للأوليين مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢ مدنى) . ودعوى كل من الموكل ونائب الوكيل قبل الآخر إذ يجوز لكل منهما أن يرجع مباشرة على الآخر (م ٧٠٨ مدنى) .

٢- هناك تصرفات ينصرف أثرها إلى الغير تطبيقاً لنظرية الوضع الظاهر كتصرف الوارث الظاهر أو الدائن الظاهر ، وقد عرضنا لذلك تفصيلاً في موضعه من المؤلف .

٣- الإيجار الذى يصدر من أحد الطرفين فى العقد الباطل فى خصوص الشئ الذى حصل عليه بموجب هذا العقد أو من مالك زالت ملكيته بأثر رجعى يسرى فى حق من تستقر له الملكية فى النهاية بالرغم من أنه لم يكن طرفاً فى عقد الإيجار إذا كان هذا العقد برئاً من الغش وثابت التاريخ قبل البطلان أو زوال الملكية .

٤- تتطوى العقود الجماعية على استثناء فى هذا الخصوص . كما هى الحال فى عقد العمل الجماعى والصلح الواقى من التفليس، وعقود الإدارة التى تبرمها أغلبية الشركاء فيما يتعلق بالمال الشائع وملكية الأسرة وملكية الطبقات . فهذه العقود تبرمها الأغلبية ويسرى فى حق الأقلية التى لم تشترك فيها ولم توافق عليها .

ثانياً : استثناء يستطيع المتعاقدان أن يحققاه وهو الاشتراط لمصلحة الغير . فلا يستطيع المتعاقدان أن يلزما الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه ، ولكنهما يستطيعان أن يكسبا الغير حقاً من العقد بواسطة الاشتراك لمصلحة الغير (م ١٥٢ منى) .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ١٥٢) .

١٧٦- عقد إيجار المساكن له طابع عائلي وجماعي :

لعقد إيجار المساكن طابع عائلي وجماعي لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن يترأى له إيواؤهم والذين لا تترتب في نعمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلي في السكن ، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد في التعامل مع المؤجر .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لعقد الإيجار طابع عائلي وجماعي لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن يترأى له إيواؤهم وقد استهدفت التشريعات الخاصة بإيجار الأماكن حماية شاغلي العين المؤجرة من عسف المؤجر وتمكينه والمقيمين معه من إقامة مستقرة في السكن إبان أزمة الإسكان ، وجعلت عقد إيجار تلك الأماكن ممتدة تلقائيا وبحكم القانون إلى غير مدة محددة طالما بقيت تلك التشريعات التي أملتھا اعتبارات النظام العام بحيث لا يجوز إخراج المقيمين إقامة مستديمة مع المستأجر بغير إرادتهم إلا بسبب من الأسباب التي حددتها تلك التشريعات على سبيل الحصر ، إلا أن ذلك لا ينفي نسبية أثر عقد الإيجار من حيث الأشخاص فلا يلتزم بها غير عاقيه الأصليين اللذين ياتمران بقانون العقد ، ومن حيث المضمون فلا يلزم العقد إلا بما تضمنه من التزام ، طالما بقي

المستأجر الأصلي على قيد الحياة يسكن العين المؤجرة ، لم يبرحها إلى مسكن آخر ، ولم ينسب إليه أنه تنازل عن حقه في الإيجار أو أجره من باطنه خلافا لما يفرضه عليه القانون . يؤيد هذا النظر الذى لم يرد به نص صريح فى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ أن المشرع فى المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ثم فى المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ عنى بتعيين المستفيد من مزية الامتداد القانونى بعد وفاة المستأجر الأصلي أو تركه العين بما يشير إلى أن المقيمين مع المستأجر الأصلي لا تترتب فى ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلي فى السكن، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعامل مع المؤجر ، ولايسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذاً بأحكام النيابة الضمنية ، انحرافاً عن المبادئ العامة فى نسبية أثر العقد حين يقوم بإرادة النائب وينصرف أثره إلى الأصيل لأن هؤلاء ليسوا طبقاً للقانون أطرافاً فى عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أية علاقات تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم فى بداية الإيجار أو بعده ، وإنما تمتعهم بالإقامة فى العين قِياماً من المستأجر بالتزامات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتعديل متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تبرر فكرة

المجاز القانونى على أساس النيابة الضمنية. لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن عقد إيجار عين النزاع أبرم فى ١٦/٩/١٩٦٧ بين الطاعنة وبين ابنتها التى كانت زوجا للطاعن آنذاك ، وأن المؤجرة استصدرت حكما فى الدعوى رقم ١٠٩٧٧ لسنة ١٩٧٠ مدنى مستعجل القاهرة قبل ابنتها المستأجرة منها بطردهم من العين المؤجرة لتخلفها فى سداد الأجرة من أول يناير سنة ١٩٦٨ ولتضمن عقد الإيجار الشرط الصريح الفاسخ ، وكان هذا الحكم قد نفذ بإخلاء المستأجرة وزوجها المطعون عليه الذى كان يقيم معها فى ١٢/٤/١٩٧١ ، فإن ما خلص إليه الحكم المطعون فيه من أن المطعون عليه غير ملزم بأجرة شقة النزاع طالما أنه كان مقيما مع المستأجرة الأصلية بسبب علاقة الزوجية التى كانت تربطهما خلال الفترة المطالب بأجرتها وطالما أنه لم ينفرد بشغل الشقة بأى سبيل بعد خروج المستأجرة الأصلية منها هو النتيجة التى تتفق والتطبيق الصحيح للقانون " .

(ذات المبدأ طعن رقم ٥٩٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٣١ -
طعن رقم ٣٩٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٦ - طعن رقم ٥١٠
لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١/٤ - طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٥ ق جلسة
١٩٨٢/٢/١ - طعن رقم ٩١٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٢/١٥ -
طعن رقم ٧٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/٢١ - طعن رقم
٥٤٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٨)

٢- " المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن لعقد إيجار المسكن طابعاً عائلياً وجماعياً لا يتعاقد فيه المستأجر ليقم فى المسكن بمفرده ، وإنما لينضم إليه أفراد أسرته ، ومن يتراءى له إيواؤهم به ، وأن المساكنة تنشئ للمنتفعين بالعين للمؤجرة من غير الأقارب المحددين بالمادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩م المقابلة للمادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ م حقاً فى البقاء فيها بالرغم من ترك المستأجر لها أو وفاته بشرط أن يثبت حصولها منذ بدء الإيجار ، ومادام أن إقامة هؤلاء المساكين لم تنقطع - فإنه يحق لهم الإفادة من الامتداد القانونى للعقد ، وأنه وإن كانت محكمة الموضوع تستقل بتقدير حصول هذه المشاركة السكنية أو نفيها باعتبارها من مسائل الواقع التى تستخلصها المحكمة مما تطمئن إليه من أدلة الدعوى دون معقب عليها إلا أن ذلك مشروط بأن تقسيم قضاها على أسباب سائغة تكفى لحمله ، وأن تكون قد واجهت كل دفاع جوهري يثيره الخصوم بما يقتضيه " .

(طعن رقم ٥١٦٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧)

٣- " مؤدى نص المادة ١٥٢ من القانون المدنى على أنه :
" لا يترتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقوقاً "
فى ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية ، وما نصت عليه المادة ٢٩ من قانون إيجار الأماكن ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقابلة لنص المادة ٢١

من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أن الالتزامات الناشئة عن العقود عامة بما فى ذلك عقد الإيجار لاتقع على عاتق طرفيه ، وإن كان لهما باتفاقهما أن يرتباً حقوقاً للغير ، ومن طبيعة عقد إيجار المساكن أنه عائلى وجماعى لايتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل لتعيش معه أفراد أسرته أو غيرهم ممن يتراءى له إسكانهم ... الخ " .
(طعن رقم ٨٧٩٧ لسنة ٦٦ قى جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣)

مادة (١٥٣)

- ١- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعده . فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به .
- ٢- أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لاينتج أثرا إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد .

الشرح

١٧٧- التعهد عن الغير :

المقصود بالتعهد عن الغير (promesse de porte-fort) التزام أو تعهد شخص لآخر بالحصول على قبول ثالث (أجنبى) بالقيام بما التزم أو تعهد هو له به ، وإلا كان مسئولا ، سواء كان محل الالتزام متعلقا بنقل حق عينى أو بعمل شئ أو الامتناع عنه^(١) . والتعهد عن الغير ليس قليل الوقوع فى الحياة العملية . فحيث لا يكون من اليسير ، لسبب أو لآخر ، الحصول على رضا ذى الشأن ، يتعهد عنه غيره . مثل ذلك الوكيل يلتزم عن الأصيل بما

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٨٥ - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢

بجاوز حدود الوكالة . والشركاء على الشيوع فى عقار بينهم قاصر يريدون بيعه أو قسمته دون إتياع إجراءات محكمة الأسرة أو القسمة القضائية المعدة ، فيبيع البائع منهم نصيبه أو يقاسم ويتعهد فى ذات الوقت عن القاصر بأن يقر هذا البيع أو القسمة عند البلوغ.

١٧٨- شروط التعهد عن الغير :

يجب لقيام التعهد عن الغير توافر الشروط الآتية :

- ١- أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذى يتعهد عنه.
ومن هذا يتميز المتعهد عن الوكيل الذى يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه هو ، وعن الفضولى الذى يتعاقد باسم رب العمل ولمصلحته.
- ٢- أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلزام الغير .
فإذا أراد إلزام الغير بالتعاقد ، كان عقده باطلا لاستحالة المحل، إذ يستحيل قانونا إلزام شخص بعقد ليس هو طرفا فيه .
- ولا يمكن تخريج الاتفاق على أنه يلزم المتعهد لأن الفرض أن هذا لم يلزم نفسه بشئ .
- ٣- أن يلتزم المتعهد بتحقيق غاية أو نتيجة هى قبول الغير لما تعهد به . فلا يكفى أن يبذل المتعهد ما فى وسعه لحمل الغير على قبول التعهد . بل يجب أن يصل فعلا إلى أن يجعل الغير يقبل التعهد .

ولكن يلاحظ من جهة أخرى أن التزامه ينقضى بمجرد تحقق تلك النتيجة وهي قبول التعهد ، فلا شأن له بالتنفيذ إذ المتعهد ليس كفيلا ، والتعهد عن الغير والكفالة شيان متميزان :
فالتعهد عن الغير هدفه إيجاد الالتزام في ذمة الغير أما الكفالة فالغرض منها ضمان تنفيذ التزام موجود^(١).
على أنه ليس ثمة ما يحول دون أن يتعهد شخص عن الغير ، ثم يكفل للمتعاقد تنفيذ الالتزام ، وإن وجب في هذه الحالة أن يطبق على كل من العقدين قواعده الخاصة به^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ليست أحكام المادة ٢٠٩ إلا تطبيقا للقواعد العامة في اقتصار آثار العقود فإذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ونصب نفسه زعيما بذلك فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير .
وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شئ ، هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذى بذل عنه ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة فليس يكفى عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما فى وسعه للحصول عليه ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارتضى إقراره ، وهو ما يفرق الوعد بالتزام الغير عن الكفالة "^(٣).

(١) أحمد حشمت أبوستيت ص ٢٨٥ ومابعدهما- عبد المنعم الصده ص ٣٧٨.

(٢) أحمد حشمت أبوستيت ص ٢٨٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٠٦ .

١٧٩- حكم التعهد عن الغير :

يستطيع الغير أن يقبل التعهد أو يرفضه ، لأنه أجنبي عن التعهد.

وسنتناول فيما يلي أثر قبول التعهد ثم أثر رفضه .

١٨٠- أثر قبول الغير للتعهد :

ينطوى التعهد على إيجاب موجه إلى الغير ، فإذا قبل الغير التعهد قام عقد جديد بينه وبين من تعاقد مع المتعهد .
والقبول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا . ومثل القبول الضمني أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد فلا يشترط في القبول شكل خاص إلا إذا كان القانون يتطلب شكلا معينا في التصرف الذي يراد من الغير أن يفعله كأن يكون هذا التصرف هبة أو رهنا رسميا.

ويترتب على قبول الغير للتعهد ، أن تبرأ ذمة المتعهد لأنه يعتبر أنه قد وفى بالتزامه ، فهو قد التزم بأن يحمل المتعهد عنه على قبول الأمر المتعهد به ، وهذا هو قد فعل .
وتبرأ ذمة المتعهد نهائيا ، حتى إذا لم يف المتعهد عنه فيما يعد بالأمر الذي تعهد به ^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٨٧- المستشار أنور طلبه ص ٩٨ .

والالتزام الغير بالأمر الذى تعهد به المتعهد بناء على قبوله يسرى من تاريخ قبوله ، لأن أساس مسؤوليته ليس عقد المتعهد مع الغير وإنما عقده هو مع هذا الغير . إلا إذا تبين أن إرادة الغير قد انصرفت إلى قبول الالتزام من تاريخ العقد الذى أبرمه المتعهد .

على أن هذا الأثر الرجعى للقبول ، يجب ألا يضر بحق من تعاقد بحسن نية مع الغير قبل صدور القبول منه . فإن انصب التعهد على الحصول على قبول الغير لبيع عينا ، فإن كانت العين منقولا تصرف فيه الغير فى وقت لاحق للتعهد ، ثم قبل التعهد بعد ذلك ، فإنه وفقا للأثر الرجعى للقبول يكون التصرف الذى اشتمل عليه التعهد هو السابق على التصرف الآخر فيفضل عليه ، ولكن طالما أن المتصرف إليه وهو حسن النية لا يعلم بالتعهد فإن التصرف الصادر إليه هو الذى يفضل ولو لم يكن قد حاز المبيع . أما إذا كان المبيع عقارا فالأفضلية فى تملكه تكون لمن سبق فى التسجيل^(١).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٩٩ - السهورى ص ٤٥٧ - أحمد حشمت أبو سنيت ص ٢٨٧ - وقد كان فى الفقه فى ظل القانون القديم رأى يذهب إلى أن العقد الثانى يكون له أثر رجعى ، فيستند تاريخه إلى تاريخ العقد الأول ، على تقدير أن ذلك هو خير تفسير لإرادة الغير ، إذ مادام أنه أقر بالتعهد فمعنى ذلك أنه رآه محققا لمصلحته . ومادام الأمر يناط بإرادة الغير فإن هذه الإرادة كانت تستطيع أن تجعله بغير أثر رجعى،

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويتحلل الواعد من التزامه بمجرد إقرار الغير للوعد . والواقع أن التزام الواعد ينقضى فى هذه الصورة من طريق الوفاء . ويترتب على الإقرار أن يصبح الغير مدينا مباشرة للعائد الآخر ، لا على أساس الوعد الذى قطعه الواعد ، بل بناء على عقد جديد يقوم بداهة من تاريخ هذا الإقرار ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر الإقرار إلى الوقت الذى صدر الوعد فيه . وغنى عن البيان أن الإقرار ينزل منزلة القبول من هذا العقد الجديد (أنظر فيما يتعلق باطراح هذا الحكم والتمسك بالمذهب التقليدى المادتين ٤١ ، ٣٧ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ٢٢٦ من التقنين اللبنانى " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الطاعن قد اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على إجازة العقد الخاص باشراكه فى إدارة عمل رسا على ابن الطاعن كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغا معيناً بصفة تعويض . وكان

وفى هذه الحالة يكون تمام العقد هو يوم الإقرار . فكأن القانون الجديد قد قلب الوضع فى هذا الخصوص .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٠٦ ومابعدا .

مقتضى هذا الشرط الجزائي أن يكون على الطاعن الذى أخل بالتزامه . فحق عليه التعويض - عبء إثبات أن ابنه قد خسر فى الصفقة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه فى العمل المذكور " .

(طعن رقم ٢٢١ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١٠/٣٠)

٢- " النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٥٣ من القانون المدنى على أنه " إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهد . فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به " .

يؤدى بتطبيقه على واقعة النزاع إلى أنه عندما تعاقد الطاعن باسمه لاستئجار شقة النزاع لتكون مقر الجمعية فإذا هذا التعاقد كان يتضمن تعهد الطاعن بأن تقبل الجمعية عند إنشائها استئجار الشقة ، ويعتبر العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضده - المؤجر - مشتملا على إيجاب من هذا الأخير موجهها للجمعية ، إذا قبلت صارت مستأجرة للعين محل النزاع بموجب عقد إيجار جديد بينها وبين المؤجر ، يحل محل العقد الذى أبرمه الطاعن وتم تنفيذه بقبول الجمعية ، وإذا حلت الجمعية فقد انقضت شخصيتها القانونية التى كانت تستأجر العين محل النزاع ، مما يجعل تنفيذ عقد الإيجار مستحيلا لانعدام المستأجر فينسخ بقوة القانون عملا بالمادة ١٥٩

من القانون المدني ، ولا يحق للطاعن الادعاء بأنه مازال مستأجرا للعين إذ أن تعاقدته انتهى بمجرد قيام الجمعية وقبولها الاستئجار ، أو الادعاء بأن جمعية خلفت الجمعية المخلة في عقد الإيجار لأن لكل من الجمعيتين شخصية قانونية مستقلة تنشأ بشهر نظامها وتنقضى بحلها فيحظر على أعضائها كما يحظر على القائمين على إدارتها وعلى موظفيها مواصلة نشاطها أو التصرف في أموالها عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٥٨ من القانون ٢٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة " .

(ظن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٦)

١٨١- رفض الغير للتعهد :

إذا رفض الغير قبول التعهد - وحرينه في ذلك مطلقة- فلا يكون مسئولاً لأنه لم يكن طرفاً في العقد الذي أبرمه المتعهد .
وإنما تقع المسؤولية في هذه الحالة على المتعهد نفسه لأنه يعتبر قد أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد .

وجزاء مسؤولية المتعهد يكون تحمله بتعويض المتعهد له من الأضرار التي نالته بسبب عدم تنفيذ تعهده .

ويجوز له - إذا كان ذلك في مقدوره وغير ضار بالمتعهد له- أن يدرأ عن نفسه هذه المسؤولية بقيامه بتنفيذ الأمر الذي وعد به^(١).

(١) السنهوري ص ٥٧٤ ومابعدا - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٥٨٨.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى فى ذلك أنه :

" وإذا امتنع الغير عن إجازة الوعد فلا تترتب على امتناعه هذا أية مسئولية ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته ، ويكون من واجبه تنفيذ التزامه ، إما بتعويض العاقد الآخر الذى صدر الوعد لمصلحته ، وإما بالوفاء عينا بالتعهد الذى ورد الوعد عليه ، إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالدائن ، ويستوى فى هذا أن يكون الوعد متعلقا بالتزام بنقل حق عينى أو بعمل شئ أو بالامتناع عنه"^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٠٦ .

مادة (١٥٤)

١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية .

٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

٢- ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك .

الشرح

الاشتراط لمصلحة الغير :

١٨٢- المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير تعاقدا يتم بين شخصين ، أحدهما هو المشتراط والآخر هو المتعهد ، فيشترط الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير قبل شخص أجنبي عن التعاقد ، وهو المنتفع . فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد .

ويجب التمييز بين الاشتراط والتعهد عن الغير : فهذه التعهد إذا قبله الغير أصبح لدينا عقدان . ومن ثم كان التعهد عن الغير تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضى بأن الغير لا يلتزم بعقد لم يكن طرفاً فيه . ولو أردنا أن نسير في الاشتراط لمصلحة الغير على هذا النحو لاستدعى الأمر أن نبرم عقدين ، أحدهما بين المشتري والمتعهد يلتزم فيه هذا الأخير بأن يتعاقد مع المنتفع والآخر بين المتعهد والمنتفع يلتزم فيه الأول نحو الثاني .

وفي هذه الحالة يضحى الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضى بأن الغير لا يفيد من عقد لم يكن طرفاً فيه . ولكن الواقع أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن إلا عقداً واحداً بين المشتري والمتعهد . ويكسب المنتفع من هذا العقد حقاً بالرغم من أنه لم يكن طرفاً فيه ، وبذلك يكون الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة العامة المذكورة . ولكنه استثناء يكاد يرتفع إلى مستوى القاعدة ، الأمر الذي جعل الشارع كما ذكرنا يعدل من صياغته لقاعدة نسبياً أثر العقد في المادة ١٥٢ مدني حيث تقول "إلا لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً" (١) .

١٨٢- أهمية الاشتراط لمصلحة الغير :

يحقق الاشتراط لمصلحة الغير مصلحة جوهرية لكل من المشتري والمنتفع تتجلى إذا قارنا مثلاً بين ما إذا كان رب الأسرة

(١) جلال على العدوى ص ٢٤٠- عبد المنعم الصده ص ٣٨١ .

الذى أمن على حياته قد اشترط أو لم يشترط أن يكون التأمين لصالح أولاده . فلو أنه لم يشترط أن يكون التأمين لصالح أولاده لكان لدائنيه أن يستوفوا ديونهم من مبلغ التأمين عند وفاته . لأن هذا المبلغ يدخل ضمن تركته عند وفاته . بينما إذا كان الأب قد اشترط أن يكون التأمين لصالح أولاده لما أمكن لدائنيه أن يستوفوا ديونهم من هذا المبلغ لأنه لن يدخل ضمن تركته عند وفاته ، وإنما يكون لأولاده حق مباشر على هذا المبلغ قبل شركة التأمين لايتلقونه عن مورثهم وإنما عن عقد الاشتراط ذاته (١).

١٨٤- تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير :

من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير ما يأتى :

١- عقد التأمين .

هذا العقد من أهم العقود التى تظهر فيها تطبيقات فكرة الاشتراط لمصلحة الغير .

فالمتعاقدين يؤمن على حياته لمصلحته ولمصلحة أولاده من بعده إذا مات قبل مدة معينة . أو يؤمن لمصلحة أولاده فحسب ، فيكسب الأولاد فى الحالين حقا مباشرا من عقد التأمين .

وهناك عدا التأمين على الحياة صور أخرى يشترط فيها المتعاقد لمصلحة الغير . كأن يؤمن رب العمل لمصلحة عماله عما يصيبهم من ضرر أثناء العمل أو يؤمن الناقل لمصلحة مرسل البضاعة .

(١) جلال على العدوى ص ٢٤٠ ومابعدها .

ومالك المنزل يؤمن عليه ضد الحريق لمصلحة من سيكون مالكا له وقت حدوث الحريق .

٢- عقود المقاولة :

تكون هذه العقود مجالا واسعا للاشتراط لمصلحة الغير. مثال ذلك أن يشترط رب العمل على المقاول حقوقا معينة لمصلحة العمال الذين يستخدم هذا المقاول ، كالحق في حد أدنى للأجور ، وفي حد أقصى لساعات العمل .

ويحدث هذا غالبا إذا كان رب العمل هو الحكومة أو شخص معنوى عام أو إحدى الشركات ويثبت ذلك في دفتر الشروط .

٣- عقود الاحتكار والتزام المرافق العامة :

إذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقا من المرافق العامة ، كالاحتكار الذى يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك . فإن مانح الاحتكار - الحكومة أو أحد المجالس المحلية - يشترط عادة على المحتكر شرطا لمصلحة المنفعين من الجمهور . فيشترط مثلا حدا معيناً من الأجور لايجوز للمحتكر أن يجاوزه فى مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التى فرضت لمصلحته .

١٨٥- شروط الاشتراط لمصلحة الغير :

يجب أن يتوافر في الاشتراط لمصلحة الغير الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنتفع :

يشترط أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنتفع وهذا الذي يميز بين الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة ، اتفاقية كانت أو قانونية . فالنائب وكيلًا كان أو وليًا أو وصيًا أو قِيمًا أو فضوليًا أو غير ذلك ، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه ، والأصيل لا النائب هو الطرف في العقد ، ورضاء النائب يغنى عن رضائه ، أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمشتراط لا المنتفع هو الطرف في العقد ، وقبول المنتفع للاشتراط ضرورى حتى يتأكد في شخصه حق كسبه من عقد لم يكن طرفا فيه ^(١) . وسنرى فيما بعد كيف يتم القبول .

الشرط الثانى :

أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير :

يشترط أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى ترتيب حق للمنتفع ينشأ مباشرة من العقد في نمة المتعهد بحيث لا يمر هذا الحق بنمة المشتراط . وهذه فكرة جوهرية في الاشتراط لمصلحة الغير :

(١) السنهاورى ص ٤٦٨ .

فإذا كان المشتري قد اشترط الحق لنفسه ، وكان الغير يفيد من هذا الحق ، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير كما لو أمن صاحب سيارة على مسؤوليته عن الضرر الذى يصيب الغير ، إذ لا يعتبر هذا اشتراطاً لمصلحة الغير ، لأن المتعاقد يشترط لمصلحته لا لمصلحة المضرور .

وهذا بالرغم من أن التعويض الذى يحصل عليه صاحب السيارة من شركة التأمين يفيد منه المضرور ، فهو يستطيع أن يستوفى حقه ولكن مع مزاحمة الدائنين له . ومن ثم لا يكون للمضرور حق مباشر من عقد التأمين ، فلا يحق له أن يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى مدینه .

وإذا كان المشتري قد اشترط الحق لنفسه ، ثم حوله بعد ذلك إلى شخص آخر ، فلا يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير . كأن يبيع شخص منزله ، ثم يحول الثمن إلى دائنه ، إذا أصبح هناك عقدان : عقد بيع بين البائع والمشتري ، وعقد حوالة بين البائع والدائن .

وإذا كان المشتري قد اشترط على المتعهد أن يبرم عقداً جديداً مع المنتفع يلتزم منه المتعهد نحو المنتفع فلا يعتبر هذا اشتراطاً لمصلحة الغير ^(١) .

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١٢٠ وما بعدها - عبد المنعم الصده ص ٣٨٥ - المستشار أنور طلبه ص ١٠٨ وما بعدها .

ومفاد ما تقدم أن المنتفع يجب أن يكسب حقا مباشرا من عقد الاشتراط . فهو لا يكسب هذا الحق من عقد بينه وبين المشتراط ، ولا يكسبه من عقد بينه وبين المتعهد ، وإنما يتلقاه مباشرة من عقد الاشتراط الذى يتم بين المشتراط والمتعهد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لم يورد الشارع المصرى - على خلاف بعض التشريعات الأخرى - نصا خاصا يقرر أن للمصاب حقا مباشرا فى مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذى أصابه والذى يسأل عنه قبل المستأمن فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتعرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسئولية المستأمن قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها اتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين فإذا كان الحق الذى اشترطه المستأمن إنما اشترطه لنفسه فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير أما إذا تبين من مشاركة التأمين أن العاقدين قصدا تخويل المصاب الحق المباشر فى منافع العقد فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هى التى تطبق " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/٥)

٢- " مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المبنى أنه فى الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه لمصلحة

شخصية فى تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفا فى العقد ، وأن المنتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشتراط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعا فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو يكون مستطاعه تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره .

(طعن رقم ٥٢٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩)

٣- " مفاد نص المادتين ١٥٤ ، ١٥٥ من القانون المدنى، وكما ورد فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ومذكرة المشروع التمهيدي- أن الاشتراط لمصلحة الغير أصبح قاعدة عامة ، بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا فى حالات بخصوصها ، وهو ينطوى على خروج طبيعى على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم فالمتعهد يلتزم قبل المشتراط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقا مباشرا ولو أنه ليس طرفا فى التعاقد ، وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدرا لهذا الحق ولهذا أوجب أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية فى تنفيذ الالتزام المشتراط لمصلحة الغير . وأباح له أن ينقض الاشتراط مادام الغير لم يعلن رغبته فى الاستفادة منه إلا أن يكون ذلك منافيا لروح التعاقد . فإذا قبل المنتفع الاشتراط أو كان الشرط للتراما

على المشتراط أصبح حقه لازماً أو غير قابل للنقض ، وهو حق مباشر مصدره العقد ، فيجوز له أن يطالب بتنفيذ الاشتراط " .

(طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٩)

٤- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان الحق الذى اشترطه المستأمن فى وثيقة التأمين إنما اشترطه لنفسه فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير ، حتى ولو كانت ثمة منفعة تعود منه على الغير ، أما إذا تبين من مشاركة التأمين أن العاقدين قصدا تخويل الغير الحق المباشر فى منفعة العقد فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هى التى تطبق " .

(طعن رقم ٩٨٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١/١)

الشرط الثالث :

أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير .
تشتط الفقرة الأولى من المادة أن يكون للمشتراط لمصلحة الغير "مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية " .
ومفاد ذلك أنه يشترط أن يكون للمشتراط مصلحة فى تقديم المنفعة المشتربة للمنتفع وبعبارة أخرى ، أن تكون للمشتراط مصلحة فى تنفيذ الالتزامات التى اشترطها لصالح المنتفع على المنتفع .

ويستوى بعد ذلك أن تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية .

ومثال المصلحة المادية للمشتراط أن يؤمن صاحب السيارة عن الأضرار التى تلحق للغير من سيارته وأن يؤمن رب العمل لمصلحة عماله عن الأضرار التى تحدث لهم أثناء أدائهم أعمالهم .

ففى هذين المثالين مصلحة مادية للمشتراط إذ أن شركة التأمين هى التى ستتولى دفع مبالغ التعويض للمضرورين ، فيرتفع عنه عبء أدائها بنفسه .

ومثال المصلحة المادية للمشتراط كذلك أن يبيع شخص ماله ويشترط على المشتري دفع الثمن لأحد دائئيه (دائى البائع) ، وفاء لدينه عليه .

أما المصلحة الأدبية فمثالها الظاهر تأمين الشخص على حياته لمصلحة زوجته وأولاده .

ومثال المصلحة الأدبية أيضا الاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو للقطاء أو لأى عمل من أعمال البر .

وفى حالات كثيرة من حالات الاشتراط لمصلحة الغير ، فإن المشتراط فى نفس الوقت الذى يشترط فيه لمصلحة الغير ، يعقد لنفسه حقوقا أو التزامات . مثال ذلك أن يؤمن على حياته لمصلحة غيره ، وفى نفس الوقت يلتزم هو بدفع أقساط التأمين . ومع ذلك فهذا غير لازم فى كل الحالات إذ يجوز أن يقتصر عقد الاشتراط على مجرد الاشتراط لمصلحة الغير دون ترتيب أى أثر آخر على هذا العقد بالنسبة للمشتراط نفسه . مثال ذلك جهة الإدارة التى تشترط على ملتزم المرفق العام لمصلحة المنتفعين بالمرفق ، وذلك فى وثيقة لاحقة على عقد التزم المرفق ذاته .

ومثال ذلك أيضا الزوجة التي تشترط على زوجها لمصلحة ابنها بأن يهبه الأب هبة معينة ، دون أن تشترط شيئا لنفسها أو تلزم بشئ في مواجهة الأب ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ١/١٥٤ من القانون المدني يدل على أن المشترط وهو يبرم الاتفاق الذي يستفيد منه غيره إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية في هذا الاشتراط مادية كانت هذه المصلحة أو أدبية وله حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع " .

(طعان رقما ٤٧٢٦ ، ٤٧٣٣ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/١٥)

أثار الاشتراط لمصلحة الغير :

١٨٦- (أ) - العلاقة بين المشترط والمتعهد :

يحكم العلاقة بين المشترط والمتعهد ، عقد الاشتراط الذي أبرم بينهما ، فهما طرفا عقد الاشتراط . وعقد الاشتراط لمصلحة الغير ، في العلاقة بين طرفيه ، أى في العلاقة بين المشترط والمتعهد ، قد يكون معاوضة وقد يكون تبرعا .

ومثال الحالة الأولى عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير كالزوجة أو الأولاد .

ومثال الحالة الثانية أن يهب شخص لآخر ماله بشرط أن يدفع لشخص ثالث مدى الحياة .

وأيا ما كانت طبيعة عقد الاشتراط لمصلحة الغير في العلاقة بين طرفيه ، فإنه يتحتم على كل منهما أنه يفى بالالتزامات التي يربتها هذا العقد عليه .

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١٢٢ - المنهوى ص ٤٧٠ .

فمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده مثلاً يلتزم بأن يؤدي أقساط التأمين في مواعيدها ولشركة التأمين أن تلتزم بذلك ، ولكن ليس لها أن تلتزم بها المنتفع (الأولاد في هذا المثال) . وإن كان لها بطبيعة الحال أن تنفع في مواجهة المنتفع إذا ما طالبتها بأداء المنفعة المشترطة له (مبلغ التأمين في هذا المثال) بأنها لم تستوف أقساط التأمين . ذلك أن الفقرة الثانية من المادة تنص في عجزها على أن يكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

وإذا حصلت وثيقة التأمين على جائزة وجب على المتعهد أداء الجائزة إلى المشتراط^(١).

وجدير بالذكر أن المشتراط من حقه أن يراقب المتعهد في تنفيذ الاشتراط ، لأنه صاحب مصلحة شخصية في هذا ، وهذه المصلحة هي التي دعت إلى ابتداء نظام الاشتراط ، وهي التي تبرر كذلك حق المشتراط في مراقبة المتعهد في تنفيذ الاشتراط . وهذا الحق يعني أن للمشتراط أن يرفع الدعوى على المتعهد باسمه هو لا باسم المنتفع^(٢). بل قد يكون المشتراط هو وحده صاحب الحق في ذلك دون المنتفع ، كما لو اشترطت جهة الإدارة شروطاً في مواجهة

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١٣٣ .

(٢) عبد الفتاح عن الباقي ص ٥٩٥ - سمير عبد السيد تناغو ص ١٣٣ .

ملتزم أحد المرافق العامة ، لمصلحة الجمهور ، واحتفظت لنفسها
بالحق في مطالبته بتنفيذ هذه الشروط .

وقد يبين العكس وهو أن المنتفع هو وحده صاحب الحق في
رفع الدعوى على المتعهد. دون أن يكون للمشتراط أن يفعل ذلك وهو
ما نصت عليه المادة ٣/١٥٤ منى بقولها : " ويجوز كذلك
للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين
من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك " .

وكذلك للمشتراط إذا لم يحم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع أن
يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقا للقواعد العامة .

وإذا فسخ العقد بعد صدر قبول المنتفع سواء كان ذلك لعدم تنفيذ
المتعهد لالتزامه نحو المنتفع أو لالتزامه نحو المتشروط ، فإن الفسخ
لا يضيع على المنتفع حقه ، فيرجع هذا به على المشتراط إلا إذا كان
الاشتراط تبرعا يجوز الرجوع فيه ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تعهد الملتزم فى عقد امتياز المرافق العامة باستخدام
عمال الملتزم السابق بذات الشروط والأجور على أن يعتبر تعيينهم
جديدا ، هذا التعهد وإن ورد فى عقد الالتزام إلا أنه ليس من
الشروط التى وضعت لأداء خدمة عامة للجمهور بل هو تعاقد بين

(١) : السهورى ص ٤٧١ - جلال على العلوى ص ٢٤٣ .

جهة الإدارة وباسمها وبين الملتزم الجديد لصالح العمال المذكورين ولجهة الإدارة فى هذا الاشتراط مصلحة أدبية هى استمرار هؤلاء العمال فى عملهم واستقرار حقوقهم مع حرص جهة الإدارة على عدم نقشى البطالة . وإذ كان المستفيد فى الاشتراط لصالح الغير يستفيد حقاً شخصياً مباشراً بمقتضى العقد يستطيع أن يطالب المتعهد بوفائه وكانت هذه العلاقة العقدية من علاقات القانون الخاص لقيامها بين المستفيد والمتعهد فإن مودى ذلك أن جهة القضاء العادى تكون هى المختصة بنظر النزاع بينهما " .

(طلب رقم ٢ لسنة ٣٥ " تنازع " جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٢- " ليس فى القانون ما يمنع من أن تتعاقد الدولة أو غيرها من الأشخاص الإدارية العامة مع إحدى شركات القطاع العام طالما أن لكل منهما شخصيتها المعنوية ونمته المالية المستقلة التى تؤهلها لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات . وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن وزارة السياحة قد تعاقدت مع الشركة المطعون ضدها الأولى وهى إحدى شركات القطاع العام على أن تقوم بواسطة وكلائها من مدريد بشحن أمتعة وسيارة الطاعن من ميناء برشلونة إلى الموانئ المصرية على أن يكون سداد قيمة نفقات وأجور الشحن فى ميناء الاسكندرية بالعملة المصرية ، وكان التكليف الصحيح لهذا التعاقد أنه اشتراط لمصلحة الغير يخول

الطاعن حقا مباشرا قبل الشركة المطعون ضدها الأولى فإن دعواه قبلها بتعويض الضرر الناجم عن التأخير في تنفيذ التزامها بالشحن تكون أساسها المسؤولية العقدية . وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى في الدعوى على أساس انتفاء الخطأ العقدى فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٥٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٤/١٩)

٣- " المادة ١٥٤ من القانون المدنى تجيز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير وتجيز للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك " .

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٦)

٤- " لما كان من المقرر أن عقد التأمين الجماعى على الحياة الذى يبرمه رب العمل لصالح العاملين لديه ، إما أن يكون تأميناً مؤقتاً لحالة الوفاة يكون معه لورثة المستفيد الحق فى مبلغ معين إذا مات أثناء المدة التى يعمل بها عند رب العمل ، وقبل أن يعتزل عمله أو تأميناً لحالة البقاء يحصل بمقتضاه عند اعتزال العمل لبلوغ سن المعاش على رأس مال دفعة واحدة أو بإيراد مرتب مدى الحياة ، فإن هذا العقد بصوريته ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير ، يلزم فيه رب العمل - المؤمن له بنفع

أقساط التأمين إلى شركة التأمين ، ويكون لعماله أو ورثتهم حق مباشر قبل الشركة المؤمنة دون أن يدخل طرفا في عقد التأمين ومن ثم فإن العقد الذى تم بين المشتراط " المؤمن له " والمتعهد " شركة التأمين " هو مصدر الحق المباشر الذى يثبت للغير ، إذ هو الذى أنشأ له هذا الحق ، ونصوصه هى المرجع فى تعيين المستفيد من مشاركة التأمين " .

(طعن رقم ٥٧٢٧ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٩)

كما يكون للمشتراط أن يطالب المتعهد بنعويض الضرر الذى أصابه شخصيا بسبب إخلاله بالتزامه قبل المتعهد ، لأن المشتراط كما ذكرنا تكون له مصلحة شخصية فى الاشتراط ^(١).

١٨٧- (ب) العلاقة بين المشتراط والمنفع :

تحدد هذه العلاقة بحسب قصد المشتراط من العقد . فإذا أراد المشتراط بعقد الاشتراط أن يتبرع للمنفع كانت العلاقة تبرعا . وإذا أراد أن يقدم للمنفع أداء فى مقابل حق لهذا المنفع كانت العلاقة معاوضة .

فإذا كان عمل المشتراط تبرعا وجب أن تستوفى الهيئة شروطها الموضوعية دون الشروط الشكلية ، لأن الهيئة عندئذ تكون هبة غير مباشرة وهذه لا يجب فيها الشكل .

(١) جلال على العدى ص ٢٤٣ .

وتعتبر الهبة قد صدرت من وقت صدور عقد الاشتراط ، ومن ثم يجب أن تتوفر في المشتراط أهلية التبرع في هذا الوقت .

وإذا كان عقد الاشتراط قد صدر في مرض الموت جرى عليه حكم الوصية . ويجوز الطعن في العقد بالدعوى البوليصة ولو كان من صدر له التبرع وهو المنتفع حسن النية وكان المشتراط لم يرتكب غشاً . ويستطيع المشتراط أن يرجع في الهبة إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع وإذا أمكن الرجوع في الهبة فإن مقدار ما يرجع فيه الواهب (المشتراط) ليس هو ما تلقاه المنتفع من المتعهد بل هو بمقدار ما يكون المشتراط دفعه للمتعهد بشرط ألا يزيد عما تلقاه المنتفع من المتعهد ، فإذا فرض أن المشتراط قد تعاقد مع شركة التأمين على أن تدفع للمنتفع ألف جنيه وكان مقدار ما دفعه لها من أقساط هو ٥٠٠ جنيه ، فإن رجوع المشتراط يكون في حدود ٥٠٠ جنيه فقط (أما الخمسمائة جنيه الأخرى فإنها تبقى للمنتفع لأنه كسبها بالتطبيق لقواعد الاشتراط) . أما إذا كان ما دفعه المشتراط هو ألف جنيه وما كسبه المنتفع من الاشتراط هو خمسمائة جنيه ، فإن المشتراط لا يرجع إلا بالخمسمائة ، لأن هذا هو ما وهبه للمنتفع ^(١).

(١) السنهوري ص ٤٧١ ومابعدا - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٩٨ -
عبد المنعم الصده ص ٣٨٩ ومابعدا .

أما إذا كان الاشتراط قد تم معاوضة ، كأن يكون قد عقد وفاء
لدين على المشترط أو لإقراض المنتفع بفائدة ، فإن موقف المشترط
من المنتفع تحدده العلاقة القائمة بينهما^(١) .
فإذا ألغى المشترط بوليصة التأمين في هذه الحالة كان مسئولا
قبل المنتفع طبقا للقواعد العامة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقا لقيمة التأمين الذي
تعاقد عليه مع شركة تأمين - فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه
المؤمن على الشركة لمصلحة المستحق لا يرتب حقا للمستحق قبل
المشترط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع
المشترط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل
حق للمستحق على المشترط . وليس هو حوالة من المشترط
للمستحق تفيد بذاتها مديونية المشترط له بمقابل قيمتها " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١/٩)

١٨٨- (ج) - علاقة المتعهد بالمنتفع :

علاقة المتعهد بالمنتفع هي أخص ما في الاشتراط لمصلحة
الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد . ذلك أن
المنتفع - الذي لم يكن طرفا في العقد الذي التزم به المتعهد - يكسب

(١) السهوري ص ٤٧٢ - حشمت أبو ستيت ص ٢٩٨ .

من هذا العقد حقا شخصا مباشرا يستطيع أن يطالب به المتعهد مباشرة ، وذلك ما لم يتفق على أن تكون هذه المطالبة من حق المشترط وحده ^(١).

وإذا استحال تنفيذ التعهد جاز للمنتفع أن يطالبه بالتعويض ولكن لايجوز له أن يطلب فسخ العقد لأنه ليس طرفا فيه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينطوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقى على قاعدة اقتصار- منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقا مباشرا ولو أنه ليس طرفا فى التعاقد وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدرا لهذا الحق . ولهذا التصوير على بساطته ووضوحه فضل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز مشخصاته ، من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة وهو فضلا عن ذلك يقيىل من عناء استظهار سائر وجوه التفسير والتخريج التى جهد الفقه التقليدى فى التماسها وتفصيل جزئياتها " ^(٢).

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٣٥٩ ومابعدا - جلال على العدوى ص ٢٢٤ ومابعدا .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣١٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر - عملاً بالمادة ١٥٤ من القانون المدني - أنه يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية .

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد " .

(طعن رقم ٢٧٨ لسنة ٦٩ في جلسة ١٥/١١/٢٠٠٠)

وواضح أن حق المنتفع قبل المتعهد هو حق مباشر يستمد من العقد المبرم بين المشتري والمتعهد .

ويترتب على ذلك عدة نتائج منها :

- ١- أن حق المنتفع ينشأ من وقت صدور العقد المبرم بين المشتري والمتعهد ، لا من وقت إعلان المنتفع رغبته في الاستفادة من الشرط . فإذا فقد المشتري أهليته بعد العقد وقبل إظهار الرغبة فإن هذا لا يمنع المنتفع من إظهار هذه الرغبة .

٢- يثبت الحق للمنتفع في الحدود التي جاءت في عقد الاشتراط. وقد رأينا أن حق مطالبة المتعهد بالوفاء بالتزامه قد يكون للمشتراط وحده دون المنتفع ، وقد يكون للمنتفع وحده .

وقد يتفق على أن حق المنتفع لا يكون قابلاً للنقض ، أو يكون قابلاً للنقض بالاتفاق مع المتعهد وهذا ما يستفاد ضمناً إذا كان للمتعهد مصلحة في الاشتراط ، كما إذا اشترط أحد المتقايضين على الآخر أن يدفع المستحق عليه من فرق البذل في نصيب المشتراط من دين على أطيان هو شريك فيها على الشيوع .

وهذا كله وغيره إنما يكون طبقاً لما اتفق عليه المتعاقدان في عقد الاشتراط ^(١).

٣- لا يستطيع دائنو المشتراط أن ينفذوا على هذا الحق حال حياة المشتراط ، ولا أن يستعملوا في شأنه دعوى مدينهم غير المباشرة ، لأنه لا يدخل في مال المشتراط ، وإنما يجوز لهم يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصة ، وفي هذه الحالة يجب التمييز فيما يتعلق بشروط الدعوى بين طبيعة عقد الاشتراك ونوع العلاقة التي تربط بين المشتراط والمنتفع .

٤- لا شأن لدائني المشتراط بهذا الحق بعد موته ، لأنه لا يدخل في تركته . ففي عقد التأمين على الحياة لمصلحة الأولاد إذا مات

(١) السهوري ص ٤٧٥ ومابعدا - عبد المنعم الصده ص ٣٩٠ ومابعدا:

الأب فإن هؤلاء لا يستلقون الحق من تركه أبيهم ، وإنما هو حق مباشر لهم قبل شركة التأمين ، فيبقى مبلغ التأمين خالصا لهم بعيدا عن ديون أبيهم .

٥- يصبح المنتفع دائنا للمتعهد ، فيشاركه دائنو المتعهد في قسمة الغرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد . ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في التمسك قبل المنتفع بأى دفع من الدفع الواردة على عقد الاشتراط ، ولهم أن يطعنوا فى التزام مدينهم نحو المنتفع بالدعوى البوليصية . لأن هذه الدعوى تجوز فى عمل يزيد المدين به من التزاماته (م ٢٣٧ مدنى) .

٦- يستطيع المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التى ترد على العقد ، كالبطلان والفسخ . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة اثنتا عشرة من المادة ١٥٤ مدنى إذ تنص على أن : " ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التى تنشأ عن العقد .

٧- لا يجوز للمنتفع طلب فسخ العقد ، لأنه لم يكن طرفا فيه .

مادة (١٥٥)

- ١- يجوز للمشتراط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .
- ٢- ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ نعمة المتعهد قبل المشتراط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك .
والمشتراط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما أنه أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة .

الشرح

١٨٩- يجوز للمشتراط أن ينقض المشاركة :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " يجوز للمشتراط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد " .

فحق نقض المشاركة خول للمشتراط ، فهو حق شخصي له ، ويرجع إلى اعتبارات يستقل بتقديرها ، ولهذا لا يحق للدائنين استعمال هذا الحق باسم المدين ، كما لا ينتقل بعد وفاة المشتراط إلى الورثة ، فإذا مات المشتراط أصبح حق المنتفع غير قابل للنقض .
غير أن حق المشتراط في النقض يسقط إذا نزل عنه .

ويحرم المشتري من حق النقص ، إذا كان ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .

ومثل ذلك أن يكون حق المنتفع هبة من المشتري لايجوز الرجوع فيها ، أو إذا قضى العقد بذلك صراحة أو دلالة . كان يبيع الراهن العقار المرهون ، ويشترط على المشتري أن يدفع الثمن كله أو بعضه للدائن المرتهن . وفاء بالدين المضمون بالرهن ، إذ في مثل هذه الحالة ، يكون للمتعهد مصلحة ظاهرة في أن يدفع الثمن للمرتهن فيستفاد دلالة أنه اتفق مع البائع على أن ينزل هذا الأخير عن حقه في نقض المشاركة . ما لم يظهر من العقد خلاف ذلك^(١).

وقد يتفق في المشاركة على أن نقض المشاركة إذا حدث فينبغي أن يكون باتفاق بين المشتري والمتعهد ، فلا يستقل به وحده.

ومن الجائز كذلك أن يتفق في المشاركة على أن نقض المشاركة يكون من حق المتعهد وحده على أن يحل المشتري محل المنتفع أو يحل منتفع ثان محل المنتفع الأول . ولكن لايجوز الاتفاق على أن للمتعهد أن ينقض المشاركة دون إجلال شخص آخر محل المنتفع وإلا لكان التزامه معلقا على شرط إرادى محض وهذا غير جائز في القانون^(٢).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٠٣ سمير عبد السيد ناغو ص ١٣٧ ومابعدها .

(٢) سمير عبد السيد ناغو ص ٣٨ .

١٩٠- نقض العقد قد يكون جزئيا

لا يشترط أن يكون نقض العقد كلياً ، بل يمكن أن يكون جزئياً ،
مثل ذلك أن يرهن للمؤمن له بوليصة التأمين لدائنه ، فلا يعود مبلغ
التأمين إلى المنتفعين إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه ^(١).

١٩١- ليس لنقض العقد شكل خاص :

ليس لنقض العقد شكل خاص ، فقد يكون صريحاً أو ضمناً ^(٢).
ويوجه للمشتري للنقض إلى المنتفع أو إلى المتعهد ، لكن لا بد من
إعلان المتعهد بالنقض حتى لا ينفذ التزامه نحو المنتفع .
وليس للإعلان شكل معين فيجوز أن يتم بأية وسيلة ، سواء
بإنداز على يد محضر أو بخطاب مسجل أو شفاهة ، ولكن يقع على
عاتق المشتري عبء إثباته كتصرف قانوني تم بإرادة منفردة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا اتفق البائع والمشتري على أن يحتفظ المشتري ببعض
التمن تأميناً وضمناً لدين لآخر على البائع فهذا الاتفاق يعتبر قانوناً
اشتراطاً لمصلحة الغير ، وحكمه (المادة ١٣٧ مدني) أن للمشتري
الحق في نقضه ما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له .
ولا يجب في نقض الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص بل هو كما

(١) استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر ١٩١٤ .

(٢) حلمي بهجت بدوي ص ٣٦٣ - المستشار أنور طلبه ص ١١٧ .

يقع صريحا يصح أن يكون ضمنيا . ولا محل لتطبيق المادة ١٤١ من القانون المدني فإن هذه المادة مجالها أن يكون حق المدين لا يزال باقيا في ذمة المتعهد له عند استعمال الدائن هذا الحق فإذا ما انقضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق يصح للدائن أن يباشره باسمه " .

(طعن رقم ٦٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٦/١١)

٢- " مفاد نص المادة ١٥٥ من القانون المدني أن للمشتراط لمصلحة الغير الحق في نقض المشاركة ما لم يعن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له ولا يجب في نقض الاتفاق أن يكون بشكل خاص بل هو كما يقع صريحا يصلح أن يكون ضمنيا يستفاد من قول أو عمل أو إجراء يدل دلالة واضحة لاحتتمل الشك على اتجاه إرادة المشتراط نحو إلغاء ما اشترطه لصالح الغير " .

(طعن رقم ١٧٨٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٦/١٤)

١٩٢- انقضاء الحق في نقض العقد بإظهار المنتفع رغبته :

لا ينقطع حق المشتراط في نقض الاشتراط إلا بإظهار المنتفع رغبته في الإفادة مما اشترطه المشتراط لمصلحته .

على أن هذه الرغبة ليست قبولا لإيجاب ، وليست إجازة ، لأن الإجازة لا تكون إلا من طرف في عقد قابل للإبطال فهي أقرب إلى أن تكون إقرارا^١ وإن كان الإقرار بمعناه الدقيق غير متوافر هنا ،

لأن الإقرار يفترض إضافة آثار العقد كلها إلى المقر ، ولهذا فالأولى أن يقال إنها تثبتت لحق المنتفع بوضع حد لما كان يهدده من نقض ^(١).

ويلاحظ أن قبول المنتفع الحق المشروط له ليس شرطا ضروريا لذات ثبوت هذا الحق له ، فهذا الحق ثابت له قبل أن يصدر قبوله وفور انعقاد الاشتراط ، ولكن هذا القبول للحق المشروط له يؤكد من ناحية ويدعمه من ناحية أخرى ، حيث يقيه من خطر استعمال المشروط الرخصة المخولة له في نقض المشاركة .

ولذلك فإنه بمجرد إعلان المنتفع رغبته في الإفادة من الاشتراط ، إما للمشروط أو للمتعهد ، يثبت له الحق المتولد عنه نهائيا . ولم يشترط القانون شكلا خاصا لهذا الإعلان ، فيجوز أن يتم بأي طريق ، بإذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل ، أو شفاهة ، ولكن يقع على المنتفع أو ورثته عبء إثباته باعتباره تصرفا قانونيا يخضع للقواعد العامة في إثباته .

ويجوز أن يعطن المنتفع قبوله الحق المشروط دلالة ^(٢).

وليس هناك وقت محدد لإعلان المنتفع رغبته ، ومن ثم له إعلان هذه الرغبة طالما لم ينقض المشروط عقد الاشتراط . أو يسقط حقه في الإقرار بالتقادم الطويل (خمس عشرة سنة) .

(١) أحمد حشمت أبوستيت ص ٣٠١ - حلمي بهجت بدوى ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٠٣ - حلمي بهجت بدوى ص ٣٦١ وما بعدها .

غير أنه يجوز لكل من المشتراط والمتعهد أن يحددا أجلا معقولا للمنفع يختار فيه بين الإقرار والرفض ، فإذا انقضى الأجل عد رافضا ، وللقاضى الرقابة على ما إذا كان الأجل معقولا (١).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

وإذا صح عزم المنفع على قبول الاشتراط فيجوز له أن يعلن المتعهد أو المشتراط بإقراره ويراعى أن هذا الإقرار تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة ، ولا يشترط فيه استيفاء شكل ما ولم يحدد المشروع أجلا معينا لصدوره ، ولكن يجوز إنذار المنفع بالإفصاح عما يعترزم فى فترة معقولة. ويصبح حق المنفع لازما أو غير قابل للنقض بمجرد إعلان الإقرار وهو حق مباشر مصدره العقد .. الخ " (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ١٣٧ من القانون المدنى نصت على أن من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها أو رفضها . ولم يطلب القانون ممن حصل التعهد على ذمته أن يظهر رغبته فى قبولها فى زمن معين ، وكل ما اقتضاه منه فى حالة عدم القبول أن يعلن الرفض ، أما القبول فيكفى منه السكوت " .

(طعن رقم ١٨ لسنة ١ ق جلسة ١٢/١٧/١٩٣١)

(١) المنهورى ص ٤٨٠ هامش (١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣١٧ .

وإذا كان الاشتراط تبرعا فإن إعلان رغبة المنتفع لاثحول دون رجوع المشتراط في هبته إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع . ولا تعارض بين الأمرين ، إذ رجوع المشتراط في الهبة هو غير حقه في نقض الاشتراط ، ويمكن من ثم أن يتتابع الحقان . وإذا كان الرجوع في الهبة المباشرة جائز، فإن الأمر يكون كذلك في الهبة غير المباشرة .

وبهذا قضت محكمة النقض في حكم حديث لها ذهبت فيه إلى أن :

١- " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقا لقيمة التأمين الذي تعاقد عليه مع شركة التأمين ، فهذا اشتراط لمصلحة الغير ، اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق ، ولئن كان يجوز للمشتراط نقض المشاركة ما لم يصبح حق المنتفع لازما غير قابل للنقض بمجرد إقراره بقبول الاشتراط ، إلا أنه متى كان الاشتراط تبرعا من المشتراط للمنتفع ، فيظل له حق نقض المشاركة حتى بعد أن يقبلها المنتفع ، طالما ركن في نقضه لعذر مقبول ، بحسبان أن الاشتراط في هذه الحالة يكون هبة ، ونقضه رجوع في الهبة يسرى عليه أحكامها الموضوعية ، وفقا للقواعد العامة ، وليس للنقض شكل مخصوص ، فيقع صريحا كما يقع ضمنيا " .

(طعن رقم ٤٣٤٥ ، ٤٥٩٠ لسنة ٦٩ ق جلسة

(٢٠٠١/٤/١١)

٢- " لما كان الثابت بالأوراق أن شركة ... (المطعون ضدها الثانية) قد أبرمت لصالح الطاعن - رئيس مجلس إدارتها آنذاك - وثيقة تأمين بـقسط وحيد مقداره مائتا ألف جنيه ، قامت بسداده تبرعا منها ، بما يكون اشتراطها لصالحه هبة تسرى عليه أحكامها الموضوعية - ولايغير من تلك قول الطاعن إنها أبرمت حقا له على حسن الأداء وبدلا من ميزة التأمين الاجتماعي - فهذا - لأن صح - يعد من قبيل الباعث لا العوض المانع من الرجوع في الهبة - وكانت الشركة المطعون ضدها الثانية - المؤمن لها - قد أُنذرت شركة مصر للتأمين - المؤمنة - بالامتناع عن صرف مبلغ التأمين إلى المستفيد بما يفيد نقضها المشارطة ورجوعها في الهبة ، وقدمت بين يدي محكمة الموضوع أسباب رجوعها وهي مناقضة الجهاز المركزي للمحاسبات لقرار جمعيّتها العمومية بسداد قسط التأمين من مال الشركة وإفتاء إدارة الفتوى بمجلس الدولة بعدم مشروعيته لمخالفته للقانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ونظامها الأساسي ، وأن الطاعن قد استغل نفوذه في استصداره ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أحقيّتها في استرداد قسط التأمين مقدرا أن القرار المشار إليه قد جانب الصواب أخذا بما أبدته الشركة المؤمن لها من أسباب ، فإن قضاءه يكون - في حقيقته - فسحا قضائيا للهبة للرجوع فيها من قبل الواهب لعذر مقبول ، وترتّبيا لأثر هذا الفسخ برد الموهوب للواهب ."

(طعن رقم ٤٣٤٥ ، لسنة ٤٥٩٠ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١١)

١٩٣- أثر نقض المشاركة :

نص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " لا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك والمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة " ومفاد ذلك أنه إذا نقض المشتري المشاركة فإنه لا يترتب عليه إبراء ذمة المتعهد قبل المشتري إذ ينصرف الحق الوارد بالمشاركة إليه هو ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على ما يخالف ذلك .

وفي هذه الحالة لا تكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير بل بصدد عقد عادي لا تنصرف آثاره إلا إلى طرفيه فقط .

ويستطيع المشتري أيضا بعد نقض المشاركة أن يوجه المشاركة إلى منتفع جديد يثبت له الحق من وقت العقد لا من وقت نقض المشاركة ^(١) . وعلى أي حال لا يترتب على النقص وتحويل المنفعة لأخر زيادة التزامات المتعهد ^(٢) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" والمشتري أن ينقض المشاركة قبل إقرار المنتفع لها إلا أن يكون ذلك منافيا لروح التعاقد وله عند نقض المشاركة أن يعين

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١٣٨ - أحمد حنمت أبو ستيت ص ٣٠١ .

(٢) حلمي بهجت بدوي ص ٣٦٤ .

منتقعا آخر أو أن يستأثر لنفسه بمنفعتها ما لم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمنا إلى أن الإلغاء يترتب عليه أن تبرأ نمة المتعهد قبل المشتري ولما كان نقض المشاركة أمرا يرجع إلى تقدير المشتري ذاته فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيته أو ورثته ... الخ " (١).

١٩٤- رفض المنتفع للاشتراط :

قد يرفض المنتفع الاشتراط ، نزولا على ما عنده من اعتبارات أدبية تدعوه إلى ذلك . وفي هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشتري أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض . كما يجوز للمشتري أن يعين منتقعا آخر يحل محل المنتفع الذي رفض .

والرفض كالنقض وإظهار الرغبة تصرف قانوني يتم بإرادة المنتفع وحدها .

ويذهب البعض إلى أنه يجوز لدائني المنتفع أن يطعنوا في رفض المنتفع الاشتراط بالدعوى البوليصة ، تأسيسا على أنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصا من حقوقه ، وهو ما يلزم لنجاح الطعن بتلك الدعوى (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣١٧ .

(٢) السنهوري ص ٤٨٠ - المستشار ثور طبه ص ١١٩ .

ويرى البعض الآخر - بحق - أنه ليس لدائني المنتفع هذا الحق ، لأن الحق فى رفض الاشتراط يجب اعتباره من الحقوق الشخصية المتعلقة بالشخص ولأنه من جهة أخرى لم يدخل فى نمة المنتفع بصفة نهائية حتى يقال بأنه أخرج من نتمته حقا قائما ^(١).

١٩٥. صدور النقص والإقرار فى وقت واحد :

قد ينقض المشترط المشاركة وقبل أن يعلن بها المنتفع والمتعهد يقرأها المنتفع دون أن يعلم كل منهما بتصرف الآخر ، وفى هذه الحالة تكون الأفضلية لمن سبق منهما إلى إعلان المتعهد ، فإن كان إعلان النقص تم أولاً زال الحق عن المنتفع بأثر رجعى من تاريخ المشاركة ، أما إذا كان المنتفع قد أعلن قبوله أولاً ، ثبت حقه وامتنع النقص ولا يشترط أن يثبت تاريخ الإعلان بوجه رسمى فىكى التاريخ العرفى إذا انتفى التواطؤ ^(٢).

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٠٢ ومابعدا .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ١١٩ .

مادة (١٥٦)

يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة .

الشرح

١٩٦- يجوز أن يكون المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير شخصا أو جهة مستقبلية أو لم يعين وقت العقد :

يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع (المستفيد) من الاشتراط فردا أو جهة كهيئة أو شركة أو جمعية غير موجود وقت الاشتراط ، أى يجوز الاشتراط لشخص مستقبل أو جهة مستقبلية . فبلة .

ومثل ذلك أن يبرم شخص عقد تأمين لمصلحة ما عساه أن ينجبهم فيما بعد من أولاد أو لجمعية ستنشأ فى بلد معين .

ويجوز أيضا أن يكون المنتفع شخصا أو جهة لم يعينا بذاتهما وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة .

ومثل ذلك التأمين لمصلحة مالك الشئ أيا كان ، فينتقل الشئ من يد ليد ويكون المنتفع هو مالك الشئ وقت تلفه فيكون له المطالبة بمبلغ التأمين .

أو الاشتراط لمصلحة أوائل الخريجين في كلية من الكليات ،
فهؤلاء غير معينين وقت الاشتراط قابلون للتعين فهم يتعينون فيما
بعد بنتيجة الامتحان (١).

وتأمين رب العمل لمصلحة عماله دون تحديد لظروفهم ،
فينصرف التأمين إلى العمال الموجودين لديه وقت أن ينتج عقد
التأمين أثره .

أما إذا كان الاشتراط لمصلحة شخص أو جهة غير معينة
وغير قابلي التعيين وقت أن ينتج عقد التأمين أثره ، فإنه لا يجوز ،
ومثل ذلك الاشتراط لمصلحة الفقراء دون تعيين لهم بشروط معينة
أو بمنطقة معينة (٢).

وهذه الفكرة تتماشى مع النظرية المادية للالتزام التي لا تتطلب
وجود الدائن وقت صدور العقد وتكتفى بوجوده عند التنفيذ (٣).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد بلغ التوسع في تطبيق هذا الأصل شأوا بعيدا وانتهى
الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المنتفع شخصا مستقبلا ، أو
شخصا لم يعين وقت التعاقد. مادام تعيينه مستطاعا عندما ينتج هذا

(١) حلمى بهجت بدوى ص ٣٥٥ وما بعدها .

(٢) حلمى بهجت بدوى ص ٣٥٦ .

(٣) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٩٣ - عبد المنعم الصده ص ٣٨٢ .

التعاقد أثره كما هو الشأن في التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من نرية المؤمن .

وقد نقل المشروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير في صورتها التي انتهت إليها في آخر مرحلة من مراحل تطورها (أنظر المادة ٢١٢) " (١).

وإذا لم يوجد المنتفع بذاته وقت إنتاج الاشتراط أثره ، وقع الاشتراط باطلا ، وإن كان بطلان الاشتراط لا يبطل عقد الاشتراط، بل تتحول الفائدة التي يحققها إلى المشتري أو ورثته (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣١٦ وما بعدها .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٩٣ .

انحلال العقد

مادة (١٥٧)

- ١- فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى .
- ٢- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته .

الشرح

١٩٧- تعريف الفسخ :

الفسخ هو حق المتعاقد فى العقد الملزم للجانبين ، إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه الناشئ عن العقد ، فى أن يطلب حل الرابطة العقدية كى يتحلل هو من التزامه . فهو يدخل إلى جانب المسئولية العقدية فى نطاق الجزاء الذى يترتب على القوة الملزمة للعقد^(١) .

١٩٨- أساس طلب فسخ العقد :

يذهب رأى فى الفقه إلى أن أساس فسخ العقد هو نظرية السبب ، إذ سبب الالتزام فى العقد الملزم للجانبين هو الالتزام الذى يقابله .

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٩٦ - عبد المنعم حسنى الوجيز فى النظرية العامة للالتزام طبعة ١٩٩١ ص ٦٤ وما بعدها .

ومن ثم فإن فكرة السبب هي التي تربط بين الالتزامين المتقابلين في هذا العقد ، بحيث إذا لم يقد أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه حق للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بالفسخ ^(١).

بينما ذهب رأى ثان إلى أن أساس الفسخ هو فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطا بالتزام المتعاقد الآخر. فيبدو أمرا طبيعيا عادلا أنه إذا لم يقد أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما في نمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، أو أن يتحلل نهائيا من هذا الالتزام ، وهذا هو الفسخ ^(٢).

ويذهب رأى ثالث إلى أن أساس الفسخ أنه جزاء يفرضه القانون عن الإخلال بالالتزام ، شأنه في ذلك شأن التعويض. وهو جزاء يتسق مع فكرة أن العقد التبادلي يفرض الالتزامات على حاقديه على سبيل التقابل ^(٣).

غير أن محكمة النقض ذهبت إلى أن أساس الفسخ ، يرجع إلى أن كل عقد ملزم للجانبين يتضمن شرطا فاسخا ضمنيا ، أي أن طرفيه اتفقا ضمنا على أنه إذا أخل أحدهما بالتزاماته كان

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٩٨ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٤٠ - حلمي بهجت بدوى ص ٤٧٣ ومابعدها .

(١) السنهوري ص ٥٧٠ - سمير عبد السيد تناغو ص ١٨٨ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦١٥ .

للطرف، الآخر أن يطلب الفسخ . ولو لم يرد بالعقد شرط صريح على ذلك^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "تنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدني على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد ولا يشترط لإعمال حكم المادة أن يتضمن العقد شرطاً يجيز الفسخ في حالة تخلف أحد طرفيه عن تنفيذ التزامه " .

(طعن رقم ١٨٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤)

٢- " ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني من تخويل كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه ، هو من النصوص المكملّة لإرادة المتعاقدين . ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنصر القانون ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه. ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح " .

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١٣)

(١) وينتقد بعض الفقهاء هذا القضاء بمقولة إن الأخذ بهذا القضاء يؤدي إلى أن يفسخ العقد بقوة القانون ، بمجرد إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، دون حاجة إلى تدخل من القاضي (أحمد حشمت أبو ستيت - سمير عبد السيد تناغو ص ١٨٧ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦١٢ ومابعدها).

٣- " النص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ من التقنين المدني على أن " في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ... " والنص في المادة ١٥٩ من ذات القانون على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " يدل على أن حل الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح .

(طعن رقم ١٩١٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢)

٤- " لما كانت المادة ١/١٥٧ من القانون المدني تنص على أن " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بفسخ العقد " وكان لا يشترط لإعمال حكم هذه المادة أن يتضمن العقد شرطاً يجيز الفسخ في حالة تخلف ، أحد طرفيه عن تنفيذ التزامه " .

(طعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٦)

٥- " الشرط الفاسخ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مفترض دائما في كل عقد تبادلي ، وهو - على ما يدل عليه نص المادة ١٥٧ من القانون المدني - جزاء مقرر لمصلحة الدائن ، لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى " .

(طعن رقم ١٢٠٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٤/١٠)

٦- " متى كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطا فاسخا ضمنيا فإن للمدين أن يتوقى الفسخ بأداء دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ " .

(طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢٠)

١٩٩- عدم فسخ العقد إلا بحكم :

لا يفسخ العقد بناء على الشرط الفاسخ الضمنى الذى يتضمنه كل عقد ملزم للجانبين - طبقا لقضاء محكمة النقض إلا بموجب حكم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الشرط الفاسخ الضمنى ، كالتأخر عن دفع الثمن فى ميعاده ، لا يقتضى بذاته الفسخ ، بل لا بد لفسخ العقد من حكم قضائى بذلك . والحكم - فى هذا المثال - يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره بتنفيذ العقد لا فسخه " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٢/٨)

٢- " إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بفسخ عقد الإيجار موضوع النزاع على أساس الشرط الفاسخ الضمنى ، وكان الفسخ المبني على هذا الشرط من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يخول المدين الحق فى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد فى العقد ، بل وبعد رفع الدعوى بطلب الفسخ ، وإلى ما قبل صدور الحكم النهائى فيها " .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦)

(أيضا طعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦ - طعن

رقم ٣٧٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ - غير منشورين)

٢٠٠- شروط الفسخ :

يشترط لإمكان المطالبة بفسخ العقد توافر أربعة شروط هي :

١- أن يكون العقد ملزما للجانبين .

٢- أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه .

٣- أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ قد نفذ التزامه أو

مستعدا لتنفيذه .

٤- أن يكون المتعاقد الذى يطلب الفسخ قادرا على إعادة الحال

إلى ما كانت عليه .

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى .

الشرط الأول :

أن يكون العقد ملزماً للجانبين :

لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين ، لأنها هي وحدها التي تنشئ التزامات متقابلة بحيث يعتبر كل التزام فيها سبباً للالتزام الذى يقابله . وعلى هذا الأساس وجدت فكرة الارتباط بين هذه الالتزامات . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان من العدل ومن المعقول أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه ، فالمبرر الذى ينهض بالفسخ لا يتوفر إلا فى هذه العقود .

وكل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ بلا استثناء^(١).

فيرد الفسخ على البيع ولو كان بالمزاد العلنى جبرياً كان أو اختيارياً ، وعلى المقايضة والإيجار والشركة والصلح .

(١) وفى ظل القانون المدنى القديم ثار خلاف حول إمكان الفسخ وعدمه فى عقود العارية والقرض والرهن الحيازى التى كانت تعتبر عقوداً عينية ومن ثم ملزمة لجانب واحد . فقد كان البعض يقول بالفسخ استثناءً ، والبعض الآخر لا يقول بالفسخ ولكن بالسقوط بينما أنكر البعض الآخر الحق فى الفسخ نزولاً على مقتضى القاعدة العامة التى تستوجب أن يكون العقد ملزماً للجانبين .

وكان التقنين المذكور يستثنى صراحةً من الفسخ عقد الإيراد المرتب مدى الحياة (م ٥٨٨/٤٨٠) وأخذ ذلك من التقنين الفرنسى . وكان هذا الاستثناء محلاً للنقد (راجع فى هذا عبد المنعم الصده ص ٣٩٩ - أحمد حشمت أبو سنيث ص ٣٤١ هامش (١ ، ٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الفسخ يرد على الصلح ، كما يرد على سائر العقود الملزمة للجانبين فإذا لم يقم أحد المتصلحين بما أوجبه الصلح في نمته من التزامات جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له محل " .

(طعن رقم ٤٤٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠)

٢- " الفسخ القضائي كما يرد على البيع بالممارسة يرد على البيع بالمزاد العلني جبريا كان أو اختياريا " .

(طعن رقم ٤٠٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢١ - غير منشور)^(١) .

ويسرى الفسخ على العقد الإداري مادام ملزما للجانبين .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " العقد الإداري يرد عليه الفسخ برضاء الطرفين شأنه في ذلك شأن العقد المدني . وإذا كان ذلك العقد تحكمه أصول القانون الإداري وهي تقضي بأنه يحق لجهة الإدارة في حالة عدم التنفيذ أن تصدر التأمين وتقرض على المتعاقد جزاءات مالية دون حاجة للاستجاء للقضاء للحكم بها ودون أن تلتزم بإثبات أن ضررا قد أصابها ، إلا أن لجهة الإدارة أن تقدر الظروف التي تم فيها الفسخ

(١) . أشار إليه في مؤلف الدكتور محمد شتا ص ٩٣٤ ومابعدها .

فتعفى المتعاقد من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها فى العقد كلها أو بعضها بما فى ذلك مصادرة التأمين وتوقيع الغرامة .

(طعن رقم ٥٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٣)

٢- " الممارسة أداة من أدوات القانون العام فى الإسناد والتعاقد ويترتب عليها التزامات متبادلة على كاهل طرفيها ومن ثم يكون من حق أيا من أطرافها المطالبة بفسخ العلاقة المترتبة عليها وفقا لما هو مقرر بأحكام المادة ١٥٧ من القانون المدنى ، وإذ خلص قضاء محكمة الدرجة الأولى المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى فسخ العلاقة بين الشركة الطاعنة والمطعون ضدها بعد أن استخلص من أدلة النزاع أن الطاعنة أخلت بالتزاماتها فيها ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(طعن رقم ١٦١٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٠)

وإذا تضمن المحرر أكثر من عقد ملزم للجانبين فلا يوجد ما يمنع من أن يطلب المتعاقد فسخ أحد تلك العقود دون العقود الأخرى متى توافرت لدعواه الشروط التى يتطلبها القانون .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " إذ كان الأصل أن يتضمن المحرر عقدا واحدا إلا أنه لا مانع قانونا من أن يتضمن المحرر لأكثر من عقد وفى هذه الحالة الأخيرة لا مانع من أن يطلب المؤجر فسخ أحد تلك العقود

دون الأخرى متى توافرت لدعواه الشروط التى يتطلبها القانون
ولامجال فى تلك الحالة لتطبيق حكم المادة ١٤٧/١ من التقنين
المدنى الحالى التى تحظر الفسخ الجزئى للعقد إلا باتفاق طرفيه أو
لسبب يقره القانون " .

(ب) - " إذ كان الثابت من عقد الإيجار المؤرخ ١٩٢٥/٥/٣٠
وتعديله المؤرخ ١٩٤٦/١٠/٢٣ وملحقه المؤرخ ١٩٤٧/١/١٨ أنه
يتضمن تأجير المحلين رقمى ١، ٢ من العقار رقم ١١٢ مكرر
مصر الجديدة بقصد استعمالهما مقهى وشملت العلاقة الإيجارية
قطعة أرض فضاء كاتنة خلف العقار المذكور تبلغ مساحتها ٤٠،
١٤٢٤ مترا مربعا كما أضيف إلى الأماكن المؤجرة سطح الجراجات
المملوكة للشركة المؤجرة لاستخدامها فى إنشاء ماكينات دارى
العرض وقد حرص المتعاقدان على النص صراحة بأن الأجرة
الشهرية لتلك العناصر ٣٥ جنيه دون أن ينص فى العقد على أفراد
مبلغ معين بذاته لكل مكان وتحديد أجرة واحدة لهذه الأماكن مجتمعة
يدل على أن الاتفاق ينصرف إلى عقد واحد يتضمن عدة عقود -
ولسم يفطن الحكم إلى تلك الحقيقة التى تكشف عن إرادة المتعاقدين
إذ يستعز تحديد أجرة الأرض الفضاء محل النزاع وإذ لم يثبت من
الأوراق اتفاق طرفى العلاقة الإيجارية على إنهاء عقد الإيجار
بالنسبة للشق الخاص بالأرض الفضاء وحدها ولم تقدم الشركة

المطعون ضدها الأولى السبب القانوني الذي يجيز لها هذا الطلب ومن ثم فلا يجوز لها أن تنفرد كمؤجرة دون الطرف الآخر المستأجر بطلب إنهاء عقد الإيجار في شق منه عملا بالمادة ١/١٤٧ من التقنين المدني - وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى في قضائه إلى أن العين المؤجرة موضوع الدعوى هي أرض فضاء تخضع بالنسبة لإنهاء العقد لأحكام القانون المدني ولم يفتن الحكم إلى أن تلك العين جزء من العين المؤجرة ولا تتعلق بعلاقة إيجارية مستقلة عن باقي الأماكن المؤجرة ورتب على ذلك إنهاء العلاقة الإيجارية في الشق الخاص بالأرض الفضاء من عقد الإيجار وقضى بالإخلاء والتسليم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " .

(طعن رقم ٤٩٠١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٦)

وبالترتيب على ما تقدم لا يرد الفسخ على العقود الملزمة لجانب واحد ، كالكفالة والوديعة بغير أجر والهبة بغير عوض ، لأن طرفاً واحداً فيها هو الذي يلتزم ، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه فلا يتصور طلب الفسخ من الطرف الآخر الذي لا يتحمل بأى التزام يؤدي الفسخ إلى تحلله منه ، بل المتصور منه هو طلب التنفيذ العيني وليس طلب الفسخ .

وكذلك فإن الإقرار لا يرد عليه الفسخ لأن الإقرار إخبار بأمر وليس إنشاء لحق .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الإقرار إخباراً بأمر وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ ، فإن الحكم المطعون فيه وقد رد على دفاع الطاعنين المؤسس على أن عقد الصلح قد فسخ لعدم تنفيذ ما أبرم من أجله ، بأن ذلك العقد ينطوى على إقرار بملكية المطعون عليه بوصفه شريكاً فى العقار ، وأن هذا الإقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح ، فإن هذا لا يردى قرره الحكم صحيح فى القانون ."

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٥)

الشرط الثانى :

أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه :

يشترط للفسخ أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه ، لأنه مادام الفسخ جزاء للعقد فإن ذلك يفترض الخطأ من جانب المتعاقد ، ولذلك فهو لا يمكن طلبه إلا حين يمكن أن تقوم هذه المسؤولية . وذلك بأن كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن المدين امتنع عنه . أو كان التنفيذ العيني مستحيلاً بسبب يرجع إلى فعل المدين . أما إذا كان تخلف المدين عن تنفيذ التزامه ليس بخطأ منه ، وإنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . فإن الالتزام ينقضى من

تلقاء نفسه وينقضى الالتزام المقابل وينفسخ العقد بقوة القانون .
فيكون الحكم هو انفساخ العقد وليس فسخه . فالفسخ القضائي
يختلف عن الانفساخ بحكم القانون في أن عدم التنفيذ راجع إلى خطأ
المدين ، وليس إلى سبب أجنبي ^(١) .

ويجوز طلب الفسخ سواء كان عدم تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً أو
كان التنفيذ معيباً .

والقاضي وهو يباشر سلطته التقديرية - كما سنرى - في هذه
الحالة إما أن يقتصر على فسخ العقد في الجزء الذي لم ينفذ مع قيام
العقد في الجزء الباقي ، إلا إذا كان العقد لا يحتمل التجزئة ، أو كان
الجزء الذي لم ينفذ هو الجزء الأساسي في الالتزام .

ويجب لإمكان طلب الفسخ اعذار المدين عملاً بالمادة ١/١٥٧
مدني كما سنرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تخلف الطاعن (المشتري) عن الوفاء بباقي الثمن بغير حق
يجعله مخلاً بالتزاماته قبل البائع وليس له الحق في حبس باقي
الثمن لأنه توافر لديه علمه بالمبيع وسند ملكية البائع له عند تحرير
العقد فضلاً عن أنه تنازل عن حقه في حبس الثمن بموجب الاتفاق
في العقد ، وإذا كان ما استخلصته المحكمة في هذا الخصوص

(١) سميح عبد السيد تناغو ص ١٨٩ - عبد المنعم الصده ص ٢٠٠ .

استخلاصا سائغا يودى إلى النتيجة التى انتهى إليها فإن النعى على الحكم المطعون فيه الذى قضى بفسخ العقد - بهذه الأسباب يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥)

ويشترط أن يكون عدم تنفيذ الالتزام بغير عذر .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ يدل نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أن الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى أسبابه إلى أن المطعون عليهما - المشتريين - كانا معزورين فى التأخير فى إعداد مشروع العقد النهائى فى الميعاد المحدد لذلك ، ثم قضى بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما إذا كان الطاعنان - البائعان - المقضى ضدهما بالفسخ ، قد أخلا بالتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد إخلالا يستوجب الفسخ فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب " .

(طعنان رقما ٢٨٦ لسنة ٣٨ ، ٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣)

ويجب أن يكون التخلف عن الوفاء بغير حق فإن من حق المشتري قاتونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا يسرى الشرط الفاسخ ولو كان صريحا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " للشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط للفاسخ ولو كان صريحا " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)

٢- " وكان الحكم قد ذهب إلى أن ما ورد بالبند الثامن من عقد النزاع هو شرط فاسخ ضمنى يخضع لتقدير المحكمة ويحق لها معه منح المشتري مهلة لسداد الثمن فى غضونوها بعد أن قدرت أن سبب التأخير فى سداد القسط الباقي من الثمن يرجع إلى الظروف المرضية التى ألمت بوالد القصر والتى انتهت بوفاته وأن المطعون ضدها الأولى قد عرضت على الطاعنين باقى الثمن ثم قامت بإيداعه خزانة المحكمة ليصرف لهما دون قيد أو شرط غضون المدة التى حددها الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٧ وهو ما خلصت منه إلى انتفاء موجب الفسخ فإن حكمها بذلك يكون قد صانف صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذه الأسباب على غير أساس " .

(طعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٧)^(١)

(١) غير منشور - أورده المستشار محمد شتا ص ٩٣٧ .

الشرط الثالث :

أن يكون المتعاقد الذى يطلب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه .

يشترط لطلب الفسخ أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه على الأقل ، لأنه إذا لم يكن كذلك فإنه يكون فى حكم الواقع مقصرا ومن ثم لا يكون له أن يطلب جزاء هو أخرى بأن يوقع عليه (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لا يكفى للحكم بالفسخ أن يكون الفسخ واردا على عقد ملزم للجانبين وأن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى غير السبب الأجنبى وإنما يشترط أيضا أن يكون طالب التنفيذ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره ، فإذا كان قد أخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما فى ذمته من الالتزام " .

(طعن رقم ١٤٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨)

٢- " إذ كان يشترط لطلب فسخ البيع أن يكون البائع قد أوفى بالتزاماته الناشئة عن العقد ومنها تسليم المبيع للمشتري إذا كان وقت التسليم قد حل قبل دفع الثمن ، فإن الحكم المطعون فيه إذ

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١٨٩ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٤٢ .

قضى بفسخ العقد استنادا إلى تأخر المشتري فى الوفاء بباقي الثمن دون أن يبحث ما تمسك به الطاعن - المشتري - من تخلف المطعون ضدهم - البائعين - عن الوفاء بالتزاماتهم بالتسليم ، فإنه يكون معيبا " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨)

كما أنه إذا كان على هذا المتعاقد واجب بالتعطل مع المدين على تنفيذ الالتزام ولم يفعل ، فلا يجوز له طلب الفسخ :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لامعقب على محكمة الموضوع إذ هى ناقشت فى حدود سلطاتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء على أسباب سائغة رفضها . وإذن فمتى كان الواقع هو أن الطاعن اشترى سيارة من المطعون عليها وتعهدت البائعة بعمل الإجراءات اللازمة لنقل الرخصة باسم المشتري فى مدة لاتزيد على ١٥ يوما وإلا التزمت بإعادة الثمن الذى قبضته مع فوائده وغرامة قدرت بمبلغ معين وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى التى رفعها الطاعن بطلب فسخ البيع لعدم قيام المطعون عليها بالإجراء الذى تعهدت به أقام قضاءه على سببين حاصل أولهما أن تخلف البائعة عن نقل الرخصة للمشتري لم يكن نكولا منها عن التزام جوهرى اتفق عليه الطرفان ذلك لأن ملكية السيارة وحيازتها قد انتقلت للمشتري

من وقت البيع وأنه يظهر من سكوت المشتري من تاريخ انتهاء المهلة المبينة في خطابه الموصى عليه إلى تاريخ المدعاة أنه لم ير داعياً لإثارة هذه المسألة ، ولأنه ثبت أن المشتري استلم المبيع وانتفع به زهاء ثلاث سنوات ونصف وأن المبيع من الأشياء القابلة للاستهلاك ، وحاصل السبب الثاني أن البائعة عرضت على المشتري في إذارها نقل الرخصة لاسمه فلم يمشأ أن يتعاون معها على إتمام الإجراءات فإنه ليس فيما قرره هذا الحكم أية مخالفة للقانون وأن أى السببين المتقدم ذكرهما كاف وحده لرفض دعوى الطاعن ولا محل للنعي على الحكم بمخالفة القانون بحجة أنه لم يعتد بما اتفق عليه في عقد البيع من فسخ العقد إذا تخلفت البائعة عن نقل الرخصة متى كان الطاعن لم يقدم عقد البيع لتبئين محكمة النقض ما إذا كان يحوى شرطاً فاسخاً يحول دون استعمال محكمة الموضوع حقها في تقدير طلب الفسخ أو يحول بين البائعة وإمكانها الوفاء أو عرض الوفاء بالتزامها بعد رفع دعوى الفسخ " .

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٤/١٠)

الشرط الرابع :

أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت

عليه :

يشترط أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما

كانت عليه أى إعادته إلى أصله من ناحيته هو . لأن الفسخ يترتب

عليه اعتبار العقد كأن لم يكن ، وبالتالي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد . فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئا من الطرف الآخر وقام بنقله بعد ذلك إلى شخص آخر ، فإنه لا يستطيع أن يسترد هذا الشيء من المتصرف إليه لأنه ضامن له والضمان والاسترداد لا يجتمعان ، وبالتالي لا يستطيع أن يرد هذا الشيء الذي أخذه ومن ثم فهو لا يجوز له طلب الفسخ . بل هو يطلب فقط التنفيذ العيني أو التعويض^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المشرع وإن كان قد أجاز للمشتري - طبقا للمادة ٤٤٣ من القانون المدني - للرجوع على البائع له - في حالة استحقاق المبيع - بضمان الاستحقاق إلا أنه لم يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه وهو ما أشارت إليه المادة السابق ذكرها بقولها " كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " . ومن مقتضى ذلك أنه في حالة القضاء بالفسخ تترتب الآثار التي نصت عليها المادة ١٦٠ من القانون المدني وهي أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١٨٩ - أحمد حشمت أبو مستيت ص ٣٤٢ وما بعدها .

عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم
فسخه " .

(طعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٨/١٥)

٢- " إذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة
الموضوع بعدم إمكان إعادة الحال إلى ما كان عليه وتسليمه أرض
المطعون ضدهم خالية كآثر من آثار الفسخ وذلك تأسيساً على أن
البناء أقيم على هذه الأرض وأرض أخرى ضمت إليها وبلغت
مساحتها جميعها ١٠٢٩ م ٢ لا يتجاوز أرض المطعون ضدهم منها
نسبة ٦٠% فقط وأنه لا يتصور تسليم أى جزء من الأرض خالية
إلا إذا هدم العقار بأكمله وفى ذلك ضياع للمال وإهداره . وإذا لم
يعن الحكم بإيراد هذا الدفاع وبحثه والرد عليه رغم جوهريته إذ من
شأنه لو تحقق أن يغير وجه الرأى فى قضائه بالإزالة والتسليم فإن
الحكم يكون معيباً بالقصور " .

(طعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٧/١)

٢٠١- خيار الدائن بين التنفيذ العيني والفسخ :

إذا تحققت الشروط اللازمة لطلب الفسخ ، فإن طلب الفسخ مع
ذلك يمثل رخصة تخول الدائن الذى يحصل الإخلال بالتزامه التحل
من العقد من غير أن يجبر عليه .

وهى رخصة تضاف إلى الحق الأصلى للدائن فى التمسك بالعقد
والإصرار على تنفيذ التزام مدينه وليس بديلاً عنه .

وعلى ذلك يجوز للدائن إذا أخل العاقد الآخر بالتزامه وبعد
إعذاره أن يطالب بتنفيذ التزامه عينا - أو بالتعويض عند استحالة
التنفيذ- أو أن يطلب فسخ العقد ، فالخيار له في ذلك .

غير أنه إذا كان التنفيذ العيني مازال ممكنا محققا غرض الدائن
وعرض عليه المدين هذا التنفيذ ولو بعد طلب الفسخ أو لم يعرضه
وكان الحكم بإجباره على التنفيذ العيني بما لا يعترضه ضرورة قيام
المدين بالتنفيذ بشخصه فإنه لا يقضى بالفسخ ، كذلك لا يحكم بالفسخ،
إذا كان الدائن طالب الفسخ قد صدر منه ما يفهم منه تمسكه بالتنفيذ
العيني أى اعتباره أن التأخير في التنفيذ لم يفوت غرضه من التعاقد.
كما إذا تقدم البائع في توزيع لمال المدين ففهم منه أنه يطلب التنفيذ
العيني لدفع الثمن، وكما إذا أجرى المشتري إصلاحات في العين^(١).
وللدائن إذا طالب بالتنفيذ العيني أن يعدل عن هذا الطلب قبل
الحكم في الدعوى ، ويطلب الفسخ . وإذا طالب بالفسخ له أن يعدل
عنه إلى طلب التنفيذ العيني ، ما لم يكن قد نزل عن أحدهما ،
ولا يعتبر رفع الدعوى بأحدهما تنازلا عن الآخر^(٢) .

(١) حلمي بهجت بدوي ص ٤٨٧ وهامش (٣) .

(٢) ذلك أن الفسخ قد يحقق للدائن مركزا ممتازا، خلافا لما إذا طلب التنفيذ ،
لأنه في الحالة الأولى سوف يستأثر بعنصر من عناصر نعمة مدينه وهو
الشئ المعين الذى يكون قد قدمه للمدين تنفيذا للعقد . أما في الحالة
الثانية فإنه سوف يتساوى مع دائنى المدين ويقسمون ماله قسمة غرماء
أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٤٣ هامش (١) .

غير أنه ليس للدائن أن يجمع بين التنفيذ والفسخ فى طلب واحد..

ولا يجوز للقاضى القضاء بالفسخ من تلقاء نفسه (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فى حالة الفسخ القضائى يتخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لا يزال ممكنا ، ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد ، وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل . فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل فى حدود الإمكان ، كما هو حكم الفرض تعين أن يستجيب القاضى لهذا الطلب ، وجاز له أن يحكم بالتعويض ، إذا اقتضى الحال ذلك الخ " (٢).

٢٠٢- من يحق له طلب الفسخ ؟

تثبت رخصة طلب الفسخ للدائن فى العقد الملزم للجانبين ، وكذا من يحل محله من الخلف العام أو الخاص أو المحال له أو الموفى مع الحلول ، كما يثبت لدائنه بطريق الدعوى غير المباشرة . وإذا تعدد الدائنون فقد ذهب رأى إلى إجراء أحكام دعوى التنفيذ على دعوى الفسخ ، وإذا كان يتمتع على أحد الدائنين فى الالتزام القابل للانقسام المطالبة بالتنفيذ إلا فى حدود نصيبه بينما يجوز له أن

(١) السهنورى ص ٥٧٨ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦١٨ ومابعدا .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٣٢٧ .

يطلب بكل الأداء إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام فكذلك دعوى الفسخ فهي لا تجوز لأحد الدائنين في الالتزام القابل للانقسام في حين تجوز له في الالتزام غير القابل للانقسام ، في حين ذهب رأى آخر إلى أن مسألة الانقسام وعدم الانقسام لا تنثور إلا عند الرد ومن ثم جاز لأحد الدائنين طلب الفسخ كلما كان الرد الجزئي ممكنا ، وهو ما يتيح له طلب الفسخ حتى في حالة عدم قابلية ما يجب رده للانقسام عن طريق إحلال القيمة محل الشيء . ويساند هذا الرأي أنه لا محل لقياس دعوى الفسخ على دعوى التنفيذ ومن ثم يجوز لكل من الدائنين المطالبة بالفسخ ولو كان محل الالتزام أو محل الرد غير قابل للانقسام^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لإعلانه بها فإن للمحال له أن يقاضيه في شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى اختصاص المحيل لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التي تؤكد ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع للالتزامه لأنها تكفل للمشتري أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به " .

(طعن رقم ٢١٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧٧ .

٢٠٢- طلب الفسخ صراحة أو ضمنا :

يطلب الفسخ صراحة ، كما يجوز أن يطلب ضمنا .

ومثال الطلب الضمني للفسخ ما يأتي :

١- أن يطلب المدعى إخلاء العين المؤجرة ، إذ ينطوى طلب

الإخلاء على طلب ضمني بفسخ عقد الإيجار .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ اعتبر الحكم المطعون فيه أن الفسخ مطلوب ضمنا في

طلب الإخلاء فإنه لا يكون قد خالف القانون للتلازم بين طلب

الإخلاء والفسخ المؤسس على إخلال المستأجر بالتزامه بالوفاء

بالأجرة " .

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٠)

٢- أن يطلب المشتري استرداد ما عجله من الثمن وبإراءة

ذمته من السند المحرر بالباقي من هذا الثمن بسبب وجود عيب

خفى جسيم في المبيع ، فإنه يكون قد طلب ضمنا فسخ العقد .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان المشتري قد طلب الحكم له باسترداد ما عجله من

الثمن وبإراءة ذمته من السند المحرر بالباقي من هذا الثمن بسبب

وجود عيب خفى جسيم في المبيع فإنه يكون قد طلب ضمنا فسخ

العقد ، وإذا كان مقتضى إجابته إلى هذا الطلب إعادة الحالة إلى ما

كانت عليه قبل العقد فيسترد المشتري ما عجله من الثمن وتبرأ
ذمته من الباقي عليه منه على أن يكون للبائع استرداد المبيع فإن
الحكم المطعون فيه إذ قضى للمشتري بطلباته لا يكون قد خالف
القانون " .

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٠)

٣- التمسك في طلب وارد بمذكرة بدعوى بعدم قيام العقد لعدم
تنفيذ المتعاقدين الآخر لالتزاماته الناشئة عنه .
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- إذا كان الثابت بمذونات الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه
بالحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد تمسك بمذكرته بعدم قيام
العقد المؤرخ ١٩٦٢/٦/١٧ لعدم تنفيذ الطاعن لالتزاماته الواردة به
بما يتضمن طلبا بفسخه وكان الحكم قد أقام قضاءه بالتعويض على
أساس المسؤولية التقصيرية مستبعدا أحكام المسؤولية العقدية لما ثبت
له من عدم تنفيذ الطاعن لتلك الالتزامات بما ينطوي على قضاء
ضمني بفسخ هذا العقد فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٣٣٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٢/٣)

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت الهيئة الطاعنة قد أقامت دعواها بطلب طرد
المطعون ضدها من الأرض القضاء انتفاعها وتسليمها خالية ، وهو

ما يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم فسخ العقد بينهما تأسيسا على قيامهما ببناء مبان خرسانية عليها بما يغير من معالمها ويتفق مع طبيعة العين ، وما أجرت من أجله ويضر بالطاعة ، فإن الحكم المطعون فيه - الذى أيد الحكم الابتدائى لأسبابه - إذا رفض الدعوى على سند من خلو الأوراق من ثمة تعليمات تحظر على المطعون ضدها البناء - وهو مالا يواجه دفاع الطاعة ولا يصلح ردا عليه ، باعتبار أنه ما لم يتفق العاقدان على ما يخالف القواعد العامة أنفة البيان ، فإنها تكون ملزمة لهم ويتعين على القاضى إعمالها . الأمر الذى يعيب الحكم بالقصور فى التسيب الذى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٦٢٢ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٦/٦)

ولكن طلب مقابل الانتفاع لا ينطوى على طلب فسخ العقد أو اعتباره مفسوخا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " طلب مقابل الانتفاع يعد طلبا قائما بذاته ومستقلا عن باقى الآثار الأخرى ومنها فسخ العقد أو اعتباره مفسوخا فهو غير مرتبط به ولا يترتب عليه ولا يعد بالتالى أثرا من آثاره ومن ثم فلا يسوغ القول بأن طلب أحدهما ينطوى بالضرورة على طلب الآخر كما ينتفى التلازم بينهما فلا يعتبر قيام أولهما متضمنا حتما قيام

الثانى بل يكون للبائع أن يطلب مقابل الانتفاع مع استمرار سريان العقد ونفاذه " .

(ب) - " إن المطعون ضده إذ ذهب في عريضة استئنائه إلى تعديل طلباته السالفة في الدعوى الابتدائية بإضافة طلب الحكم بفسخ عقد البيع الابتدائي المؤرخ ١٩٧٣/٢/٢٤ إلى طلب إلزام المطعون ضده بمقابل الانتفاع فإن طلب الفسخ يعد طلبا جديدا يبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بما كان يستوجب منها أن تقضى ومن تلقاء نفسها بعدم قبوله إعمالا لنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات " .

(طعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٣٠)

٢٠٤- طلب الفسخ يكون بدعوى أو بطلب عارض :

يطلب الفسخ بدعوى بالإجراءات المعتادة كما يجوز طلبه في طلب عارض في دعوى مرفوعة عليه من المتعاقد بطلب تنفيذ الالتزامات التي يربتها العقد على عاتقه . كما يجوز التمسك بالفسخ كدفاع في الدعوى المرفوعة ضده .

(أنظر نقض طعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣)

المنشور ببند (٢٤٣) .

٢٠٥- توقي المدين الفسخ :

يجوز للمدين توقي القضاء بالفسخ إذا قام بوفاء الالتزام المرتب في ذمته بموجب العقد إلى ما قبل صدور حكم نهائي بالفسخ .
أى أن التوقي يكون أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة ثانى درجة حتى تاريخ إقفال باب المرافعة فى الدعوى أمامها ، ويعتبر باب المرافعة مفتوحا إذا كانت المحكمة قد حرصت للخصوم بتقديم مستندات أو مذكرات خلال أجل حددته . فيكون الوفاء خلال هذه الفترة مرتبا أثره فى توقي الإخلاء .

غير أن الوفاء بالالتزام لاينتج أثره فى توقي الفسخ ، إلا إذا تم طبقا للأوصاف وبذات الشروط المتفق عليها ، فالتنفيذ المعيب يعتبر فى حكم عدم التنفيذ الجزئى .

كما يجب ألا يكون الدائن قد أضرير بهذا الوفاء المتأخر . وهو مما يخضع لتقدير محكمة الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطا فاسخا ضمنيا فالمشتري - إلى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ - الحق فى توقي الفسخ بدفع الثمن " .

(طعن رقم ٣٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/١٧)

٢- " لا يعتبر عقد البيع - فى ظل القانون المدنى القديم والجديد على السواء - مفسوخا إعمالا للشرط الفاسخ بمجرد تخلف البائع أو المشتري عن القيام بالتزامه بل يتعين لكى تقضى المحكمة بإجابة من يطلب الفسخ إلى طلبه أن يكون قد نبه على الطرف الآخر بالوفاء أى بإعذاره وأن يظل هذا الأخير متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم النهائى فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه قبل ذلك امتنع قانونا جواز الحكم بالفسخ " .

(طعن رقم ٧٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢١)

٣- " الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمنى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يخول المدين أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى ، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن ، فإنه لا عبرة بقدر ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة ، بل العبرة بما يكون عليه المال عند الحكم النهائى " .

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)

٤- " لما كان الطاعنون قد طلبوا فسخ العقد إعمالا لحقهم المقرر بمقتضى نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى فإنه يتعين لإجابة طلب الفسخ فى هذه الحالة أن يظل الطرف الآخر متخلفا

عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره .

(طعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢)

٥- " لما كان الفسخ المبني على الشرط القاسخ الضمني طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني يخول المدين أن يتوقى صدور الحكم بالفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى إلا أن هذا الوفاء المتأخر يجب أن يتم طبقا للأوصاف، ويذات الشروط المتفق عليها - فالتنفيذ المعيب يعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي - وأن يكون مما لا يضر به الدائن . ومحكمة الموضوع فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لاتخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت في ذلك إلى أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦)

٦- تمسك الطاعنة في صحيفته بحقها في توقى الإخلاء بسداد الأجرة المستحقة وما تكبده المطعون ضده من مصاريف ونفقات ، ودون أن يمحس ما قدمته تأييدا لهذا للدفاع من إنذارات عرض ومحاضر إيداع مما قد يتغير به وجه الرأي في جواز الاستئناف فإنه فضلا عن مخالفته القانون وخطئه في تطبيقه ، يكون قد عاره قصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٣٠)

٧- " لما كان يبين من أسباب الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه أنه أقام قضاءه بفسخ عقد البيع موضوع الدعوى على أساس للشرط الفاسخ الضمني، وكان الثابت من أسباب الحكم المطعون فيه وبإحدى أوراق الدعوى أن الطاعنين قاموا بالوفاء بباقي الثمن أمام محكمة الاستئناف بعرضه على وكيل المطعون ضده بجلسة وقبله لهذا العرض واستلامه المبلغ المعروف وهو ما يمنع من إجابة طلب الفسخ ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة بفسخ العقد على سند من أن الفسخ وقع وفقا للعقد من تاريخ التخلف عن السداد وأن الحكم ليس منشئا للفسخ بل هو مقرر له رغم خلو العقد من الشرط الصريح الفاسخ فإنه ي كون معينا ."

(طعن رقم ٧٩٥ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٩)

(أيضا طعن رقم ٢٠٢٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٨ -

طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ - غير

منشورين)

٢٠٦. الوفاء يحقق أثره فى توقي الفسخ ولو كان المدين قد وجه اليمين الحاسمة إلى الدائن على أنه لم يتقاضى الأجرة فحلفها : وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الثابت بالأوراق أن اليمين التى حلفها المطعون ضده أمام محكمة أول درجة كانت بالصيغة الآتية " أحلف بالله العظيم بأننى لم أتقاضى أجرة من المدعى عليها عن الشقة بالدور الأول فوق الأرضى بالعقار المملوك لى عن الفترة من أول يناير سنة ١٩٨٢ حتى أول أغسطس سنة ١٩٨٥ " وهى يمين وإن قطع حلفها بعدم وفاء الطاعنة بأجرة العين مثار النزاع عن المدة المبينة فيها ، إلا أنها لاتؤدى حتما إلى القضاء بالإخلاء ، إذ يظل للطاعنة رغم ثبوت عدم وفائها بالأجرة على الوجه المتقدم أن تتوقى حكم الإخلاء إذا ما بادرت إلى الوفاء بما استحق عليها منها وبكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية حتى إقفال باب المرافعة فى الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف ومن ثم فإن الحكم الابتدائى الذى قضى بالإخلاء لهذا السبب يكون جائزا استئنافا طالما تغيبت الطاعنة أن تتدارك أمام محكمة الاستئناف ما فاتها أمام محكمة الدرجة الأولى ، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف رغم تمسك الطاعنة فى صحيفته

بحقها في توقي الإخلاء بسداد الأجرة المستحقة وما تكبده المطعون ضده من مصاريف ونفقات ، ودون أن يمحصر ما قدمته تأييدا لهذا الدفاع من إنذارات عرض ومحاضر إيداع مما قد يتغير به وجه الرأي في جواز الاستئناف فإنه فضلا عن مخالفته للقانون وخطئه في تطبيقه ، يكون قد عاره قصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٣٠)

٢٠٧- هل يجوز توقي الفسخ بعد نقض الحكم الصادر بالفسخ ؟

نقض الحكم يقتضى زواله واعتباره كأن لم يكن ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل صدور الحكم المنقوض ، ومن ثم يجوز للمدين توقي القضاء بالفسخ بالوفاء بالتزامه قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان نقض الحكم يقتضى زواله واعتباره كأن لم يكن ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل صدور الحكم المنقوض ، كان للمدين بعد نقض الحكم القاضى بثبوت تقصيره فى الوفاء إلى حين صدوره - أن يتجنب الفسخ بالوفاء الخ " .

(طعن رقم ١٥٥ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣)

٢٠٨- لا يحول دون توقي الفسخ بالوفاء أن يكون المدين سئ النية :

للمدين توقي الفسخ بالوفاء بالالتزام حتى صدور الحكم النهائي فى الدعوى ، يستوى فى ذلك أن يكون المدين حسن النية أم سئ النية . فلا ينظر إلى ذلك إلا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي ، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سئ النية: إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام " .

(طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٢/٣/١٩٧٠)

٢٠٩- إلزام المدين المصاريف إذا توقي الفسخ بالوفاء :

إذا توقي المدين (المدعى عليه) الفسخ بالوفاء بالتزامه أمام محكمة أول درجة وقضى برفض طلب الفسخ ، جاز للمحكمة إلزام المدين مصاريف الدعوى لأنه هو الذى تسبب فى رفعها وذلك عملا بالمادة ١٨٥ مرافعات ، وإذا حصل التوقي أمام محكمة ثانى درجة ، وقضت المحكمة بإلغاء الحكم الصادر بالفسخ وبرفض

الدعوى ، كان لها إلزام المدين المصاريف عن الدرجتين عملاً بالمادتين ١٨٥ ، ٢٤٠ مرافعات .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - " إذا كان المشتري لم يعرض على البائع باقى الثمن إلا عند رفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين فى حكمها برفض دعوى الفسخ ، إذ هو كان محقاً فى طلب الفسخ حتى إنقائه المشتري بهذا العرض فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول العرض " .

(طعن رقم ٣٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/١٧)

٢١٠- إلزام المدين بالتعويض بعد رفض دعوى الفسخ للتوقى :

إذا قضى برفض دعوى الفسخ لتوقى المدين الفسخ بالوفاء إلى ما قبل صدور الحكم النهائى ، فذلك لا يمنع من إلزام المدين بتعويض للدائن عما يكون قد لحقه من أضرار نتيجة التأخير فى الوفاء ، كأن يكون الوفاء المتأخر قد فوت عليه صفقة رابحة ويكون أساس التعويض فى هذه الحالة المسئولية العقدية ، لأنه برفض دعوى الفسخ ، يظل العقد قائماً .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي ، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ، ويستوى في ذلك أن يكون حسن النية أو سئ النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام " .

(طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٢)

٢١١- نظرة الميسرة :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك " . فهذا النص أجاز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للوفاء بالتزامه حتى يتوقى القضاء بالفسخ وهو ما يقال له " نظرة الميسرة " .

وهذا الأجل يكون إما بناء على طلب المدين ، أو يمنحه له القاضي من تلقاء نفسه ، إذ أن له أن يرفض الفسخ كلية ، ومن يملك الأكثر يملك الأقل^(١) .

ويقرر النص أن هذه المهلة تمنح للمدين " إذا اقتضت الظروف ذلك " . ومثل ذلك أن يرى القاضي أن ثمة أملا في أن يفلح المدين

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٢٦ - مذكرة المشروع التمهيدي ج ٢

فى أداء دينه فى وقت ليس بجد بعيد لعل الله يأتية من بعد عسر يسرا أو يتضح للقاضى أن للمدين عذرا مقبولا فى التأخير فى الوفاء بالتزامه خاصة إذا رأى أن الدائن لن يلحقه ضرر يعتد به من جراء هذه المهلة .

ومنح هذه المهلة أو رفض طلبها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية بلا معقب عليه بشأنها .

ويترتب على ما تقدم ، أنه إذا قام المدين بالوفاء بالتزامه خلال المهلة فإنه يكون قد تولى الفسخ ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم بالفسخ . وإذا لم يف المدين وفاء كاملا بالتزامه ، فإن ذلك لا يوجب الفسخ حتما ، إذ تظل للقاضى سلطته التقديرية فى الفسخ - كما سنرى - بل وللمدين الوفاء بعد انقضاء هذه المهلة ويكون هذا الوفاء توفيا لحكم الفسخ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا لم يشترط الفسخ بنص العقد فإنه يكون خاضعا لتقدير قاضى الموضوع ، يحكم به أو يمنح المدين أجلا للوفاء بالتزام ، ولئن كان الوفاء فى غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ ، فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتما إلا بنص فى القانون ، ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من التقنين المدنى ، كما أن المشرع حذف فى

مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي الذي كان يوجب الفسخ دون إنذار المشتري إلى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل ، وهو النص المقابل للمادة ٣٣٣ مدني قديم - تاركا ذلك لحكم القواعد العامة في فسخ العقود الملزمة للجانبين ، والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على سبيل الاستثناء من الحق المقرر للدائن بفقرتها الأولى في طلب الفسخ ، ولا ينطوي منح الأجل في ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذي بموجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه . وإنما يبقى العقد قائما والوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائي ، ويكون لقاضي الموضوع تقدير ظروف التأخير في الوفاء ولا يتعين عليه أن يحكم بالفسخ ، ويجوز أن يحكم برفضه إذا هو تبين أن الوفاء المتأخر مما لا يضر به الدائن " .

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٦/١٠/١٩٧٢)

٢- (أ) - " إعطاء المشتري المتأخر في دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادة ١٥٧/٢ من القانون المدني هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الرخص التي أطلق فيها الشارع لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ منها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه ، فلا يلزم بتسبيب قضائه بمنح المشتري نظرة الميسرة أو برفض الطلب ،

مما لا يقبل معه النعى على الحكم المطعون فيه إقراره للمبررات التى أوردتها الحكم المستأنف وعول فى قضائه بالمهلة " .

(ب) - " الفسخ إذا لم يشترط بنص فى العقد ، فإنه يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - طبقاً لنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى خاضعاً لتقدير قاضى الموضوع ، يحكم به أو يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه ، وإن كان الوفاء فى غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتماً ، إذ لا ينطوى منح الأجل ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وإنما تبقى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، فيظل العقد قائماً ، ويكون الوفاء بالالتزام لا يزال ممكناً بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائى، ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء. فيقضى بالفسخ أو يرفضه " .

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)

٣- " فسخ العقد يخضع لتقدير قاضى الموضوع يحكم به أو يمنح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه ، ولئن كان الوفاء بالالتزام فى غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون الوفاء بالالتزام لا يوجب الحكم بالفسخ حتماً إلا بنص فى القانون - ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧

من القانون المدني - كما أن المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الذي كان يوجب الفسخ دون إنذار المشتري إلى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل - تاركا ذلك لحكم القواعد العامة في فسخ العقود الملزمة للجانبين ، والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل الذي يجوز للقاضي أن يمنحه للمدين وفقا للفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدني قد ورد على سبيل الاستثناء من الحق في طلب الفسخ المقرر للدائن بالفقرة الأولى من النص السالف ، وأن منح الأجل في ذاته لا يتضمن إعمال الشرط الفاسخ في حالة انقضاء الأجل الممنوح دون الوفاء بل يبقى العقد رغم ذلك قائما ويظل الوفاء بالالتزام ممكنا بعد انقضاء الأجل وحتى صدور الحكم النهائي ولا يتعين على قاضي الموضوع أن يحكم بالفسخ في هذه الحالة " .

(طعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ في جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢) (١)

(١) وقد عدلت محكمة النقض في هذه الأحكام عن قضاء سابق مخالف إذ قضت :

١- بتاريخ ١٩٥٠/٣/٢٢ في القضية رقم ١٥٥ لسنة ١٩٨٠ق بأن :
" إنه لما كان نقض الحكم يقتضى زواله واعتباره كأنه لم يكن ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل صدور الحكم المنقوض ، كان للمدين بعد نقض الحكم القاضي بثبوت تقصيره في الوفاء إلى حين صدوره - أن يتجنب الفسخ بالوفاء . ولما كان القانون لا يوجب على القاضي في

٢١٢- سلطة القاضي التقديرية في نظرة الميسرة :

منح القاضي المدين مهلة للوفاء بالتزامه (نظرة الميسرة) بناء على طلبه أو من تلقاء نفسه ، مما يدخل في حدود سلطته التقديرية ، بحسب ما يراه من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه في ذلك .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى تبين أن منح المهلة للمشتري للوفاء بما في ذمته إنما صدر لمصلحته بقرار من المحكمة استعمالا لحقها المخول لها

خصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضى به وإنما خوله سلطة تقديرية يحكم به أو يعطى المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام في غضونهما وإلا اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه - فإن الحكم لا يكون مخطئا إذا قضى بإلزام المدين بدفع الباقي من الثمن في ظرف معين وإلا اعتبر التعاقد مفسوخا من تلقاء نفسه " .

٢- بتاريخ ١٩٥٧/٥/٢٢ طعن رقم ١٤٧ لسنة ٢٣ بأن :

" إذا كان الحكم قد رأى أن فوات المهلة التي منحتها المحكمة للمشتري دون وفائه بباقي فوائد الثمن المستحقة هو مما يترتب عليه فسخ عقد البيع فلا مخالفة في ذلك للمادتين ٣٣٢ ، ٣٣٣ منى قديم " .

وهذا القضاء يساير رأى الفقه ، الذى يرى أنه إذا لم يقم المدين بالوفاء خلال المهلة اعتبر العقد بعد فواتها مفسوخا من تلقاء نفسه حتى لو لم يذكر ذلك فى الحكم ، ولذا لا يجوز للقاضى أن يمنح المدين مهلة ثانية .

(السنهاورى ص ٥٨١ - عبد المنعم الصده ص ٤٠٢ - أحمد حشمت

أبو سنيت ص ٢٤٤ - الدكتور محمود جمال الدين زكى الوجيز في

نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى الجزء الأول فى مصادر

الالتزام ١٩٦٨ ص ١٩٠) .

بمقتضى المادة ٣٣٣ منى قديم من جواز منح المهلة أو رفض طلبها مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية هو من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه . فلا يقبل من المشتري القول بأن منح المهلة يجب أن يصدر به حكم لا قرار حتى يترتب على فوات المهلة فسخ عقد البيع " .

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٥/٢٣)

٢- " إعطاء المشتري المتأخر فى دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادتين ٢/١٥٧ ، ٢/٢٤٦ من القانون المنى هو من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه " .

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٥/١٦)

٣- " منح المشتري مهلة للوفاء بثمن المبيع انقاء للفسخ ، أو رفض طلبها مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية لأنه من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ فيها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه " .

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١٣)

٢١٣- جواز صدور قرار المحكمة بنظرة الميسرة غير مسبب : وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" قضاء المحكمة ليس هو منطوق الحكم وحده وإنما هو ذات القول الفصل فى الدعوى أيا كان موضعه سواء فى الأسباب أو فى المنطوق ، ولا حجة فى قول الطاعنين أن إهمال القاضى للمدين لا يقتضى إصدار حكم بذلك ، بل يكفى فيه صدور القرار بما لا يستلزم أسبابا وإن وجدت هذه الأسباب فهى زائدة لا حجة لها ، ذلك أن القضاء هو الفصل فى النزاع الذى يدور بين الطرفين بعد مناقشة حجج وأسانيد كل منهما ، وإذا قامت أسباب الحكم على هذا الأساس وجعل الحكم من منطوقه نتيجة لهذه الأسباب فإنها تحوز معه حجة فيما بث فيه من عناصر النزاع المطروح دون أن يغير من ذلك إمكان صدور قرار الإهمال دون أسباب ، إذ أن مرجع ذلك جميعه إلى حقيقة ما فصلت فيه المحكمة مما تعلق بمنطوقها أو كان هذا الأخير نتيجة لها " .

(طعن رقم ٤٩٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٢/٣/١٩٧٠)

٢١٤- هل يجوز للقاضى منح المدين نظرة الميسرة بعد نقض الحكم وإعادته إلى محكمة الاستئناف ؟

يترتب على نقض الحكم زواله واعتباره كأن لم يكن ويعود الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل صدور الحكم المنقوض ، ومن ثم

فلا يوجد ما يحول قانونا بين القاضى وبين منحه المدين نظرة الميسرة ليقوم بتوقى القضاء بالفسخ^(١) .

٢١٥- نظرة الميسرة مما لا يتعلق بالنظام العام :

السلطة التقديرية لقاضى الموضوع فى صدد الفسخ- كما سنرى- والتي ضمنها إمكان إعطاء المدين أجلا للوفاء بالالتزام (نظرة الميسرة) ليست متعلقة بالنظام العام . ومن ثم يجوز الاتفاق على حرمان القاضى منها ، بشرط أن يظهر بوضوح ، ومن غير أدنى شك أن إرادة الطرفين قد انصرفت إلى ذلك^(٢) .

٢١٦- القضاء بالفسخ جوازى للمحكمة :

القضاء بالفسخ ليس محتما على القاضى إذا توافرت شروطه، وإنما هو جوازى له ، وله سلطة تقديرية فى القضاء به . ومما يدعو للقاضى إلى عدم القضاء بالفسخ :

١- أن يكون المدين قد نفذ جزءا من التزامه وكان مالم يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته . كما إذا كان المشتري قد قعد عن الوفاء بجزء من الثمن، بعد أن كان قد دفع أغلبه . أو كان العاقد فى وفى بكل الالتزامات الأساسية التى يفرضها العقد عليه ولم يتقاعص إلا عن الوفاء بالتزام ثانوى .

(١) المستشار أنور طلبه ص ١٦١ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٢٩ ومابعدها .

والمعول عليه فى إجراء التناسب بين ما وفى به المدين ومالم يوف به . هو التزاماته كلها التى يفرضها العقد عليه ، وليس فقط واحد منها بعينه .

فقد يتقاعس المدين تقاعسا كاملا عن الوفاء بالتزام ثانوى من التزاماته ، ومع ذلك يجوز للقاضى أن يرفض الفسخ ، إذا اتضح له وفاء ذلك المدين بالتزاماته الأساسية أو حتى أغلبها . ولا يقدح فى ذلك أن تكون المادة ٢/١٥٧ التى جاءت بصدد تخويل القاضى رخصة رفض الفسخ تقول : " إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته " فمؤدى حرفية هذه العبارة أن يجرى التناسب بين شطرى الالتزام الواحد ، ما نفذ ومالم ينفذ . ذلك أن رأى السابق هو ما يتفق وروح نظام الفسخ ^(١).

وبهذا رأى أخذت محكمة النقض فى حكم لها صادر بتاريخ ١٠/٤/١٩٥٢ فى الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠ ق جاء به :

" لامتقرب على محكمة الموضوع إذ هى ناقشت فى حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء على أسباب سائغة رفضها . وإن فمتى كان الواقع هو أن الطاعن اشترى سيارة من المطعون عليها وتعهدت البائعة بعمل الإجراءات اللازمة لنقل الرخصة باسم المشتري فى مدة لاتزيد على ١٥ يوما وإلا التزمت

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٢٩ .

بإعادة الثمن الذى قبضته مع فوائده وغرامة قدرت بمبلغ معين وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى التى رفعها الطاعن بطلب فسخ البيع لعدم قيام المطعون عليها بالإجراء الذى تعهدت به أقام قضاءه على سببين حاصل أولهما أن تخلف البائعة عن نقل الرخصة للمشتري لم يكن نكولا منها على التزام جوهرى اتفق عليه الطرفان ذلك لأن ملكية السيارة وحيازتها قد انتقلت للمشتري من وقت البيع وأنه يظهر من سكوت المشتري من تاريخ انتهاء المهلة المبينة فى خطابه الموصى عليه إلى تاريخ المدعاة أنه لم ير داعيا لإثارة هذه المسألة ، ولأنه ثبت أن المشتري استلم المبيع وانتفع به زهاء ثلاث سنوات ونصف وأن المبيع من الأشياء القابلة للاستهلاك ، وحاصل السبب الثانى أن البائعة عرضت على المشتري فى إنذارها نقل الرخصة لاسمه فلم يشأن أن يتعاون معها على إتمام الإجراءات . فإنه ليس فيما قرره هذا الحكم أية مخالفة للقانون وأن أى السببين المتقدم ذكرهما كاف وحده لرفض دعوى الطاعن ولا محل للنعى على الحكم بمخالفته القانون بحجة أنه لم يعتد بما اتفق عليه فى عقد البيع من فسخ العقد إذا تخلفت البائعة عن نقل الرخصة متى كان الطاعن لم يقدم عقد البيع لتبئين محكمة النقض ما إذا كان يحوى شرطا فاسخا يحول دون استعمال محكمة الموضوع حقها فى تقدير طلب الفسخ أو يحول بين البائعة وإمكانها الوفاء أو عرض الوفاء بالتزامها بعد رفع دعوى الفسخ .

كما قضت محكمة النقض - بصدد طلب الفسخ للإخلاء الجزئى - بأن :

" إذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح ، وكان طلب الفسخ مقاما على الشرط الفاسخ الضمنى ، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب فى حالة الإخلال الجزئى إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل فى قصد المتعاقدين فسخ العقد ، وسلطة المحكمة فى استخلاص هذه النتيجة مطلقة لامعقب عليها " .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٤)

ويكون للقاضى فى هذه الحالة أن يحكم بتنفيذ الجزء الباقى أو بالتعويض عنه^(١) .

٢- أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء تأخر المدين فى تنفيذ التزامه^(٢) .

٣- أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين^(٣) .

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٠٢ .

(٢) السهنورى ص ٥٨١ .

(٣) السهنورى ص ٥٨١ .

٢١٧- خضوع تقدير مبررات الفسخ لتقدير محكمة الموضوع :

تقدير مبررات الفسخ ، وما إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية من عدمه ، مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ، دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن فصل محكمة الموضوع في صدد كفاية الأسباب لفسخ التعاقد موضوعي خارج عن رقابة محكمة النقض . فلا تترتب عليها إذا هي رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لاوجب فسخ التعاقد وبينت الأسباب التي استندت إليها في ذلك " .
(طعن رقم ٨٤ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٥/١٨)

٢- " متى كان العقد لا يحوى شرطاً صريحاً فاسخاً فإن الدائن إذا استعمل خياره في طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني لعدم وفاء المدين التزامه فإن المحكمة لا تلتزم في هذه الحالة بالحكم بالفسخ بل إن الأمر في ذلك يرجع إلى تقديرها وهي فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ وعدم كفايتها لاتخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت في ذلك إلى أسباب سائغة . كما أن للمدين أن

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٠٢ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٢٩ - عبد المنعم حسنى ص ٦٧ .

يتوفى الفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥)

٤- " الفسخ إذا لم يشترط بنص في العقد ، فإنه يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدني - خاضعا لتقدير قاضى الموضوع الخ " .

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)

٥- " إقامة الحكم للمطعون فيه قضاءه بالفسخ على ما أورده فى مدوناته من أنه بما مفاده أن محكمة الموضوع قد رأت فى عبارات البند الرابع من عقد الإيجار بما لا يخرج عما تحتل ، التزام الطاعنة بنزع الإعلانات من أماكنها مع بداية سدادها الأجرة بواقع الربع واستخلصت إخلال الطاعنة بهذا الالتزام لقيامها بسداد ربع القيمة وتقاعسها فى ذات الوقت عن رفع اللوحات الإعلانبة بما يعطى للمؤجر طلب فسخ عقد الإيجار تطبيقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني ، وإذا كان هذا الاستخلاص سائغا له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ويكفى لحمل قبضائه . فإن النعى لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا يجوز إثارته أما هذه المحكمة "

(طعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٦)

٦- " محكمة الموضوع فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لاتخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت في ذلك إلى أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/١/٢)

٧- " وحيث إن هذا النعى شديد ، ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع - عملاً بالقاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدني - سلطة الحكم برفض الدعوى بفسخ عقد البيع للتأخير في سداد باقي الثمن وملحقاته على سند من أنه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته . إلا أن ذلك مشروط بأن يكون حكمها مبنياً على أسباب واضحة جلية تتم عن تحصيل المحكمة فهم الواقع في الدعوى بما له سند من الأوراق والبيانات المقدمة لها ، وأن الحقيقة التي استخلصتها واقتنعت بها قام عليها دليلها الذي يتطلبه القانون ، ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها قضاؤها . وهو ما لا يتحقق إلا ببيان الثمن المستحق على المشتري وملحقاته إن وجدت ، وما سدده منه ، وما بقى في ذمته ونسبته إلى الالتزام في جملته توصلًا لإجراء تقدير واع حصيف لمدى أهمية ذلك الباقي بالنسبة إلى الالتزام في جملته وفقاً لما تمليه طبائع الأمور وقواعد العدالة ، وبيان الدليل الذي أقامت عليه قضاؤها في كل ذلك من واقع مستندات الدعوى على نحو مفصل ، وأن تفصل في كل نزاع بين الخصوم حول تلك

الأمر بحكم يحسم كل خصومة بينهم على كلمة سواء وقول محكم حتى يمكن مراقبة صحة تطبيقه للقانون في هذا الشأن . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في تسبیب قضائه برفض طلب الفسخ القضائي على ما أورده من أن المحكمة لاتجيبه - المستأنف- (الطاعن) إلى طلب الفسخ لأن الباقي من الثمن قليل جداً بالنسبة إلى المدفوع ومن ثم يصبح مجرد دين عادي مضمون بالضمانات الأخرى المنصوص عليها في القانون دون أن يبين جملة المستحق على المطعون ضده (المشتري) من الثمن وملحقاته وما سدده منه ، وما بقى في ذمته ، ونسبته إلى الالتزام في جملته ، والدليل على ذلك كله من مستندات الدعوى . مما يشوبه بالقصور الذي يعجز هذه المحكمة عن ممارسة وظيفتها في مراقبة صحة تطبيق القانون بما يعيبه ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن ."

(طعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥)

٢١٨- القضاء بالفسخ منشئ له :

القضاء بالفسخ تطبيقاً للمادة ١٥٧ مدني منشئ للفسخ . وتلك بعكس القضاء بالفسخ استناداً إلى وجود شرط فاسخ صريح فهو مقرر للفسخ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالاً لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدني لا استناداً إلى وجود شرط فاسخ صريح في العقد فإن هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقرر له ."
(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

٢١٩- هل للمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ والإخلاء في قوانين إيجار الأماكن ؟

(أ) - النصوص القانونية :

وردت أسباب إخلاء المكان المؤجر على سبيل الحصر في المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأخير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (المقابلة للمواد ٢ من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، ٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، ٣١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧) .

وتنص المادة (١٨) المذكورة على أن :

" لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت

المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية :

(أ) الهدم الكلي أو الجزئي للمنشآت الآيلة للسقوط والإخلاء

المؤقت لمقتضيات الترميم والصيانة وفقاً للأحكام المنظمة لذلك بالقوانين السارية .

(ب) إذا لم يَقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول دون مظروف أو بإعلان على يد محضر ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى بأداء الأجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية .

وَلَا ينفذ حكم القضاء للمستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير فى سداد الأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح إذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر .

فإذا تكرر امتناع المستأجر أو تأخره فى الوفاء بالأجرة المستحقة دون مبررات تقدرها المحكمة حكم عليه بالإخلاء أو الطرد بحسب الأحوال .

(ج) إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر ، أو أجره من الباطن بغير إذن كتابى صريح من المالك للمستأجر الأسمى أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائيا وذلك دون إخلال بالحالات التى يجيز فيها القانون للمستأجر تأجير المكان مفروشا أو التنازل عنه أو تأجيره من الباطن أو تركه لذوى القربى وفقا لأحكام المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ " .

(د) إذا ثبت بحكم قضائي نهائي أن المستأجر استعمل المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو في أغراض منافية للآداب العامة . ومع عدم الإخلال بالأسباب المشار إليها لا تمتد بقوة القانون عقود إيجار الأماكن المفروشة .

وتلغى المادة (٣١) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وذلك اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون .
وقد ذكرنا سلفاً أن الفسخ يعد مطلوباً ضمناً ضمن طلب الإخلاء.

(ب) - رأى الفقه :

انقسم رأى الفقه إلى رأيين فيما إذا كان للقاضي سلطة تقديرية عند القضاء بفسخ عقد الإيجار لأحد الأسباب المنصوص عليها بالمادة سالفة الذكر ، أم أنه ليس له هذه السلطة ، وأن الفسخ يقع حتماً بمجرد تحقق سببه ، ويتعين بالتالي على القاضي القضاء بالفسخ . ونعرض لهذين الرأيين فيما يلي ، ثم لقضاء محكمة النقض .

الرأى الأول :

ذهب فريق من الفقهاء وبعض أحكام المحاكم إلى أن نص المادة ٢ من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ والمادة ٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ والمادة ٣١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقابلة جميعاً

للمادة (١٨) من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لم يرد فيها ما يسلب القاضي سلطته التقديرية في القضاء بالفسخ المنصوص عليها في المادة ١٥٧ مدنى التى تجرى على أن :

" فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض .

ويجوز للقاضى أن يمنح الدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته " .

فضلا عن أن الاعتراف للقاضى بسلطة تقديرية إزاء الحكم بالفسخ وإخلاء المكان يستهدف بأن تكون أمام القاضى فرصة لتحقيق العدالة ومراعاة الأعذار التى قد تؤدى بالمستأجر إلى الإخلال بالتزاماته^(١) .

(١) الدكتور عبد الناصر العطار شرح أحكام الإيجار فى التقنين المدنى وتشريعات إيجار الأماكن الطبعة الثانية ص ٥٠٩ ، ٥٥٤ ، ٦٠٩ - عصام الدين حواس فى قضاء الإيجارات ص ١٤ وما بعدها - مضر الابتدائية فى ١٧/١٠/١٩٥٣ الدعوى ٤٣٥٧ لسنة ١٩٥٣ ، ١١/١١/١٩٥٣ الدعوى ٦٣٢١ سنة ١٩٥٣ ، ١٠/١٢/١٩٥٣ الدعوى ١٦١٩ لسنة ١٩٥٣ .

الرأى الثانى :

ذهب فريق آخر من الفقهاء أينته بعض أحكام المحاكم ، إلى أنه ليس للقاضى سلطة تقديرية فى القضاء بالفسخ فى حالات الإخلاء المنصوص عليها فى المواد سالفه الذكر ، وذلك استثناء من سلطة التقدير التى تخولها إياه القواعد العامة ، والسبب فى ذلك أن التشريع الاستثنائى قد منح للمستأجر مزايا عدة ، وأجاز له البقاء فى العين المؤجرة بعد انقضاء مدة الإيجار الأصلية طوال المدة التى يريد بها بأجرة مخفضة ومعقولة ومنحه مهلة قضائية فى سداد الأجرة وتوابعها إذ أجاز له الوفاء بها حتى تاريخ قفل المرافعة فى الدعوى ^(١) ، وفى مقابل هذه المزايا فرض عليه التزامات تشدد فى أخذه بها حتى لا يضار المؤجر بأكثر مما قصد إليه المشرع ، فإذا أخل المستأجر بأحد هذه الالتزامات لم يسع للقاضى وهو فى صدد تطبيق تشريع استثنائى وازن موازنة دقيقة بين حقوق المستأجر والتزاماته ، إلا أن يحكم بفسخ الإيجار وبإخلاء العين المؤجرة دون أن تكون له أية سلطة تقديرية فى ذلك ^(٢).

(١) باستثناء القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ .

(٢) (٢) للسنهورى ج ٦ مجلد ٢ طبعة ١٩٦٣ ص ١٠٧٨ وما بعدها -

الدكتور سليمان مرقس شرح قانون إيجار الأماكن ج ٢ الطبعة الثامنة ١٩٨٢ ص ٢٤٧ وما بعدها - الأستاذ كامل بنوى المرجع فى قانون إيجار الأماكن الطبعة الأولى ١٩٥٩ ص ٣٥ وما بعدها - مصر

(ج) اتجاه محكمة النقض :

أخذت محكمة النقض في بادئ الأمر بالرأى الأول فذهبت إلى أن المشرع لم يسلب للقاضي سلطته التقديرية في الفسخ بالنسبة لحالات الإخلاء ، إذ قضت بأن :

" ذلك أن النص في المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على أنه " في غير الأماكن المؤجرة مفروشة لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية : (ج) إذا استعمل المستأجر المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة أو تضر بمصلحة المؤجر" ، يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن التشريع الاستثنائي بعد أن سلب المؤجر الحق الذي تخوله إياه القواعد العامة في مطالبة المستأجر بإخلاء العين المؤجرة عند انتهاء مدة العقد مقررًا مبدأ امتداد عقود الإيجار امتدادًا تلقائيًا ، أجاز للمؤجر طلب الإخلاء إذا أخل المستأجر بالتزاماته المتعلقة باستعمال العين المؤجرة المشار إليها بالمواد ٥٧٩ ، ٥٨٠ ، ٥٨٣ من القانون المدني ، ولئن كان المستفاد من هذا النص أن للمؤجر الحق في طلب إخلاء المستأجر بمجرد استعمال المكان المؤجر

الابتدائية في ١٢/٣/١٩٥٣ الدعوى ٧٥ لسنة ١٩٥٣ - ١٠/١٢/١٩٥٣
الدعوى ٢٦٠٢ لسنة ١٩٥٣ - ٩ يناير سنة ١٩٥٤ الدعوى ٣٦٣٥
لسنة ١٩٥٣ .

استعمالا يخل بباقي شروط العقد ، سواء كان تغييرا ماديا في العين المؤجرة أو تغييرا معنويا بتعديل الاستعمال ، إلا أن هذا النص جاء خلوا مما يقيد سلطة للقاضي التقديرية في الفسخ ولم يفرض عليه الحكم بالإخلاء إذا توافر سبب من أسبابه التي حددت شروطها فيه الخ " .

(طعن رقم ٥٧٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢١ - ذات المبدأ طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ - طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/١٩)
إلا أن محكمة النقض ما لبثت أن عدلت عن هذا الرأي واعتنقت الرأي الثاني ، إذ قضت بأن :

١- " ثبوت واقعة النزول عن الإجارة دون إذن يحتم على المحكمة أن تقضى بفسخ الإيجار وإخلاء المكان دون أن يكون لها سلطة تقديرية ، لأن حق المؤجر في الإخلاء^(١) ينشأ بمجرد وقوع المخالفة ، فالحكم بالفسخ هنا مطلق تقع نتيجته بمجرد قيام سببه".
(طعن رقم ٦٧٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨)

(١) المقرر أن طلب الفسخ يعتبر مطلوبا ضمنا في طلب الإخلاء للتلازم بين طلب الإخلاء والفسخ المؤسس على إخلال المستأجر بالتزاماته (نقض طعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٨ ق ١٩٦٣/٦/٢٠) - كما قضى بأن دعوى المؤجر بإخلاء المستأجر من العين المؤجرة لإساءة استعمالها تكفي بأنها دعوى فسخ لعقد الإيجار. (نقض طعن رقم ٩٣٣ لسنة ٤٦ ق ٢٥ يناير ١٩٨٢).

٢- " التشريع الاستثنائي ، بعد أن سلب المؤجر حقه في طلب إخلاء المكان المؤجر بعد انتهاء مدة الإيجار الاتفاقية مقررًا مبدأ امتداد عقود الإيجار تلقائيًا ، أجاز له طلب الإخلاء لأسباب حددها من بينها تأجير المستأجر للمكان من باطنه أو تنازله عنه أو تركه للغير بأي وجه من الوجوه دون إذن كتابي صريح من المالك ، مما يضحى معه الأصل في ظل هذا القانون الأمر هو انفراد المستأجر ومن يتبعه بحكم العقد بالحق في الانتفاع بالمكان المؤجر وعدم جواز تخليه عنه للغير كليًا كان ذلك أو جزئيًا ، مستمرًا أو مؤقتًا ، بمقابل أو بدون ، واعتبار هذا التخلي بجميع صورته خروجًا من المستأجر على نص عقد الإيجار مكملًا بحكم القانون يجيز للمؤجر طلب إخلاء المكان - وينشأ حق المؤجر في الإخلاء بمجرد وقوع المخالفة ولا ينقضى بإزالتها فيبقى له هذا الحق ولو استرد المستأجر الأصلي العين المؤجرة بعد ذلك ، ومتى ثبت قيام المستأجر بتأجير العين المؤجرة له من الباطن - دون إذن كتابي صريح من المالك - تعين على المحكمة أن تقضى بفسخ الإيجار وإخلاء المكان دون أن يكون لها سلطة تقديرية في ذلك لأن حق المؤجر في الإخلاء ينشأ بمجرد وقوع المخالفة فالحكم بالفسخ هنا مطلق تقع نتيجته بمجرد قيام سببه ، وذلك سواء نص عليه في عقد الإيجار أو لم ينص وسواء طلب المؤجر إعمال نص القانون أو العقد إذ يستند الإخلاء

فى هذه الحالة إلى إرادة المشرع وليس إلى اتفاق الطرفين وذلك
لتعلق التشريع بالنظام العام " (١).
(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٤٩ قى جلسة ١٩٨٤/٥/١٠)

(١) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة بأنه :

١- " لا وجه لتحدى الطاعن - المستأجر - بمسارعه إلى إزالة أسباب
المخالفة بعد وقوعها - مخالفة شروط الإيجار المعقولة - لما هو مقرر
فى قضاء هذه المحكمة من تعلق حق المؤجر المضروب بطلب الإخلاء
بتطبيق لحكم القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بوقوع الضرر من جانب
المستأجر ولو عمد إلى إزالته بعد ذلك " .

(طعن رقم ٦٣٣ لسنة ٤٦ قى جلسة ١٩٨٠/٥/١٧)

٢- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى ثبت حق المؤجر فى طلب
الإخلاء طبقاً للمادة ٢٣/ب من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المنطبق
على واقعة الدعى - بسبب للتأجير من الباطن أو النزول عن الإيجار ،
فلا يستطيع المستأجر تفادى الحكم بالإخلاء إذا بادر إلى إزالة سبب
المخالفة من بعد أو عمد إلى تصحيح الوضع عن طريق بيع المتجر إذا
توافرت حالاته " .

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ قى جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

٣- " التزام المستأجر باحترام ماورد بعدد الإيجار من حظر للتنازل عن
الإيجار . منع للتأجير من الباطن أو ترك المكان المؤجر للغير من
الأصول المقررة فى القوانين الاستثنائية الخاصة بإيجار الأماكن .
مخالفة هذا الحظر . أثره . للمؤجر إخلاء المكان المؤجر بمجرد وقوع
المخالفة . عدم انقضائه بإزالتها " .

(طعن رقم ١١٩٥ لسنة ٥٠ قى جلسة ١٩٨٧/٤/١٣)

٣- "مخالفة حظر التنازل عن الإيجار دون إذن كتابي من المؤجر. تنتج أثرها بمجرد وقوعها ولا تنقضي بإزالة أسبابها وتصحيحها".

(طعن رقم ٣٠٨١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١١/١٣)

٤- " إخلاء المستأجر لاستعماله العين بطريقة ضارة بالصحة العامة. م ١٨/د ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . تعلق حق المؤجر به بوقوع الضرر. إزالة المخالفة لا أثر له " .

(طعن رقم ٢٨٧٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/١/٤)

٥- " ثبوت قيام المستأجر بتأجير العين للمؤجرة له من الباطن أو تنازله عنها أو تركها للغير. أثره. وجوب القضاء بالفسخ والإخلاء . ليس للمحكمة سلطة تقديرية في الفسخ. علة ذلك " .

(طعن رقم ٢٤١١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٦/١/٧)

(أيضا نقض طعن رقم ٢٦١٥ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٢٤)

غير أن الملاحظ أن محكمة النقض عادت بعد ذلك في قضائها إلى رأيها الأول الذي ذهب فيه إلى أن المشرع لم يسلب القاضي سلطته التقديرية في الفسخ بالنسبة لحالات الإخلاء ، إذ قضت بأن :

١- " يدل نص المادة ٢٣/جـ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ -

المنطبق على واقعة الدعوى - على أن التشريع الاستثنائي بعد أن سلب المؤجر الحق الذي تخوله إياه القواعد العامة في مطالبة

المستأجر بإخلاء العين للمؤجرة عند انتهاء مدة العقد مقررًا مبدأ امتداد عقود الإيجار امتداد تلقائيًا ، أجاز للمؤجر طلب الإخلاء إذا أخل المستأجر بالتزاماته المتعلقة باستعمال العين للمؤجرة المشار إليها بالمواد ٥٧٩ ، ٥٨٠ ، ٥٨٣ من القانون المدني . ولئن كان المستفاد من هذا النص - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن للمؤجر الحق في طلب إخلاء المستأجر بمجرد استعمال المكان المؤجر استعمالًا ينافي شروط العقد سواء بإحداثه تغييرًا ماديًا فيه أو تغييرًا معنويًا ، بتعديل استعماله إلا أن هذا النص جاء خلوا مما يقيد من سلطة القاضي التقديرية في الفسخ ، ولم يفرض عليه الحكم بالإخلاء إذا توافر سبب من أسبابه التي حددت شروطها فيه .

(طعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٣)

٢- (أ) - النص في المادة ١٨ من قانون إيجار الأماكن ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع استحدث بهذا النص أمرين أولهما أنه عدل سبب الإخلاء الذي كان مقررًا بنص المادة ٣١/ج من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بأن جعله مقصورًا على حالة الإضرار بسلامة المبنى بعد أن كان الإضرار بالمؤجر وهو أعم وأشمل ، والأمر الثاني أنه حدد أمام محكمة الإخلاء وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى بصور حكم نهائي بذلك ، وما استحدثته

النص من اشتراط الحصول على حكم نهائى لايمس ذاتية القاعدة المقررة لسبب الإخلاء ولايغير حكمها ، وليس فى هذا النص ما يقيد سلطة القاضى التقديرية فى الفسخ إذ لم يوجب نص المادة ١٨ سائلة الذكر على للقاضى الحكم بالإخلاء إذا توافر سبب من الأسباب التى حددت شروطها فيه ، كما لايستقيم أن يستلزم المشرع رفع دعوى بالإخلاء إذا كانت مهمة المحكمة مقصورة على مجرد الالتزام بحجية الحكم السابق بثبوت الضرر دون أن يكون لها سلطة تقديرية تستجيب لطلب الإخلاء أو ترفضه ، والسلطة التقديرية للقاضى مقررّة له بحكم القانون ولصالح المتقاضين ليقوم بتقدير خصوصيات كل حالة أو منازعة وظروفها وملابساتها ويختار الحل المناسب لها والأقرب إلى تحقيق العدالة ، فلا يجوز للقاضى أن يمتنع عن أعمال سلطته التقديرية ولا يتنازل عنها أو ينيب غيره فيها " .

(طعن رقم ٨٣٨٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٨)

(ب)- إذا كان الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بأن الحكم السابق بإثبات استعماله للعين المؤجرة بطريقة أضرت بالمبنى لايحتم الإخلاء ولايعفى المحكمة من تقدير جسامه الضرر الذى أصاب المبنى والخطأ الذى ارتكبه الطاعن وأن الضرر لايعود أن يكون شرخا فى بياض المصيص لسقف الشقة

زراعة أسفل عين النزاع نجم عن رشع المياه نتيجة الاستعمال المألوف للمسكن فاطرح الحكم المطعون فيه دفاعه هذا بقوله إنه ليس لمحكمة الموضوع المطروح عليها طلب الإخلاء أى سلطة تقديرية طالما أن الضرر الناشئ عن إساءة الاستعمال قد ثبت بحكم قضائى ، نهائى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وجره ذلك إلى القصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٨٣٨٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٨)

٣- " الحكم القضائى النهائى المثبت لاستعمال العين المؤجرة بصورة أضرت بسلامة المبنى لايقيد للسلطة التقديرية للقاضى فى الاستجابة لطلبى الإخلاء أو رفضه وفق ظروف كل حالة وملابساتها . علة ذلك " .

(طعن رقم ١٦٨٩ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٦)

(د-) رأينا الخاص :

نؤيد الرأى الأول الذى يعطى القاضى للسلطة التقديرية فى الفسخ إعمالا للقواعد العامة، وهو الرأى الذى اعتنقه محكمة النقض فى بادئ الأمر ثم عادت إليه فى بعض أحكامها، وذلك بالنسبة لجميع أسباب الإخلاء المنصوص عليها فى المادة (١٨) عدا السبب المنصوص عليه فى الفقرة (أ) منها طبقا للتفصيل الذى تناولناه فى موضعه .

ونضيف إلى حجج أنصار هذا الرأى ، أن الأخذ بالرأى الثانى الذى يحرم القاضى من أى سلطة تقديرية فى القضاء بالفسخ ، يؤدى فى بعض الحالات إلى نتائج لا تتفق مع أبسط قواعد العدالة وتتطوى على إجحاف كبير بحق المستأجر فى البقاء بالعين .

ويكفى للتدليل على ذلك أن تكون المخالفة التي اقترفها المستأجر بسيطة أو غير متكررة ، وأن للمستأجر رغم ذلك بسائر بإزالتها ، ومع ذلك يجد القاضى نفسه مجبرا على القضاء بالفسخ والإخلاء ، فى وقت تعاني فيه البلاد أزمة خانقة فى الإسكان .

وطبقا للرأى الذى نأخذ به ، فإنه مما يحمل القاضى على القضاء بالفسخ والإخلاء لهذا السبب - عدم الوفاء بالأجرة - أن يتضح له تعدد المستأجر عدم الوفاء أو إهماله فى ذلك إهمالا واضحا .

ومما يحمله على القضاء برفض طلب الفسخ والإخلاء ، أن يكون المستأجر قد أوفى بمعظم الأجرة ولم يتبق فى ذمته إلا قدر يسير منها ، لاسيما إذا ثبت أن المستأجر كان منتظما فى سداد الأجرة السابقة .

٢٢٠- إلزام المدين بالتعويض مع الحكم بالفسخ :

إذا قضت المحكمة بفسخ العقد - جاز لها بناء على طلب الدائن إلزام المدين بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ ويكون أساس التعويض هنا هو المسئولية التقصيرية ، وليس العقدية ، لأن العقد قد فسخ .

وإذا تضمن العقد شرطا جزائيا ، فإن هذا الشرط يزول بزوال العقد - كما سنرى فى موضعه - ومن ثم لا يعمل به عند الحكم بالتعويض مع فسخ العقد .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... على أن للقاضى أن يجيب الدائن إلى طلبه ، ويقضى بفسخ العقد ، مع إلزام المدين بالتعويض دائما ، إن كان ثمة محل لذلك ولا يكون التعاقد ذاته ، فى حالة الفسخ ، أساسا للإلزام بالتعويض ،

إذ هو ينعدم انعداماً يستند أثره بفعل الفسخ . وإنما يكون مصدر الإلزام، في هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الشرط الجزائي الترام تابع للالتزام الأصلي ، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد، سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن، تولى القاضى تقديره وفقاً للقواعد العامة التى تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن ".
(طعن رقم ٣٤٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥)

٢- " النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه فى "العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتضى". يدل على أن الفسخ إذا كان مردّه خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ . وإذا كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسساً على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٢٨.

الأركان اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدي مادام أن ذلك لم يؤثر في النتيجة الصحيحة التي انتهى إليها " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)

٢٢١- التنازل عن طلب الفسخ :

الرخصة المخولة للدائن في طلب الفسخ لا تتعلق بالنظام العام، ولذلك يجوز للدائن التنازل عنها صراحة أو ضمناً .
ومجادلة الدائن في هذا التنازل لا يعنو أن يكون جدلاً موضوعياً فيما يستقل به قاضى الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- لئن كان للبائع أن يطلب فسخ العقد إذا لم ينفذ المشتري التزامه بوفاء باقى الثمن عملاً بنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدنى ، إلا أنه وفقاً للقواعد العامة يسقط حقه في طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمناً * (١).

(١) وكانت قد ذهبت في حكم سابق لها صادر بتاريخ ١٣/٢/١٩٦٩ في الطعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ ق بأنه لا يجوز حرمان المتعاقد من طلب الفسخ أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح .
إذ قضت بأن :

" ما تنص عليه المادة ١٥٧ من التقنين المدنى من تخويل كل من المتعاقدين في العقود المأزمة للجانبين الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٥)

" إذ كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه - برفض دعوى السبائع بطلب الفسخ - أنه قد استخلص لأسباب سائغة أن الطاعن تنازل ضمنا عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقي الثمن نفذ به على العين المبسّعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها ، فإن مجادلة الطاعن في ذلك لاتعدو أن تكون جدلا موضوعيا فيما يستقل به قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٥)

٢٢٢- تقادم دعوى الفسخ :

دعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها ، وبناء على ذلك فهى تتقادم بالتقادم الطويل (خمس عشرة سنة) وتبدأ هذه المدة من وقت ثبوت الحق فى الفسخ . ويكون ذلك عادة عند الإعذار طبقا للقواعد العامة فى التقادم المسقط^(١).

لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه ، هو من النصوص المكملّة لإرادة المتعاقدين . ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه . ولايجوز خرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح " .
(١) السهنورى ص ٥٨٢ - عيد المنعم الصده ص ٤٠٣ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وإذ كانت دعوى الفسخ لاتخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولانتقادم إلا بخمس عشرة سنة فإنه طالما يكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن إذ لا يكون هذا الثمن مستحق الأداء وممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ " .

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/٢٢)

٢- " دعوى الفسخ لاتخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ، ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة وطالما يكون للدائن - المشتري - أن يرفع هذه الدعوى، فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن ، إذ لا يكون هذا مستحق الأداء وممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ " .

(طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

٣- " التقادم المسقط للحقوق وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإنه يسقط الحقوق الشخصية والعينية على سواء باستثناء حق الملكية لأنه حق مؤبد " .

(طعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)

٤- المقرر أن التقادم المسقط للحقوق وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإنه يسقط الحقوق الشخصية والعينية

على سواء . كأصل عام بانقضاء ١٥ سنة طبقا للمادة ٣٧٤ من القانون المدني ويبدأ سريانه من تاريخ زوال المانع وهو تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية .

(طعن رقم ٨٢٨ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٨)

٢٢٣- تقدير قيمة دعوى الفسخ :

تقدر قيمة دعوى الفسخ طبقا للمادة ٧/٣٧ مرافعات التي تقضى بأنه إذا كانت الدعوى بطلب صحة عقد أو إبطاله أو فسخه / يقدر قيمتها بقيمة المتعاقد عليه وبالنسبة لعقود البذل تقدر الدعوى بأكبر البذلين قيمة .

وطبقا للمادة ٨/٣٧ التي تقضى بأنه إذا كانت الدعوى بطلب صحة عقد مستمر أو بإبطاله كان التقدير باعتبار مجموع المقابل النقدي عن مدة العقد كلها .

وإذا كانت بطلب فسخ العقد كان التقدير باعتبار المقابل النقدي عن المدة الواردة في العقد فإذا كان العقد قد نفذ في جزء منه كان التقدير باعتبار المدة الباقية ... الخ .

وبالترتيب على ذلك إذا كان العقد محل الشرط عقدا من عقود الإيجار الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن الاستثنائية ، فإن هذا العقد يمتد امتدادا قانونيا تلقائيا بعد انتهاء مدته، وتكون الدعوى بطلب فسخه غير مقبرة للقيمة وتعتبر قيمتها زائدة على عشرة آلاف

جنسيه (م ٤١ مرافعات) ، وبالتالي تصبح من اختصاص المحكمة الابتدائية .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الدعوى التي يقيمها المؤجر بطلب فسخ عقد الإيجار ويدور النزاع فيها حول امتداده تقدر قيمتها طبقا للمادة ٨/٣٧ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - باعتبار المقابل النقدي عن المدة الواردة في العقد إذا لم يكن قد نفذ أو المدة الباقية متى تنفذ جزئيا فإن امتد بقوة القانون إلى مدة غير محددة فإن المدة الباقية منه والتي يقوم النزاع على امتداده إليها تكون غير محددة ، ويكون المقابل النقدي عنها غير محدود ويضحي طلب فسخ العقد أو امتداده طلب غير قابل لتقدير قيمته وتعتبر الدعوى به زائدة على مائتين وخمسين جنيتها طبقا للمادة ٤١ من قانون المرافعات وينعقد الاختصاص النوعي والقيمي بنظرها للمحكمة الابتدائية".

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٦)

التفاسخ (التقاييل)

٢٢٤- المقصود بالتفاسخ (التقاييل) وشروطه :

التفاسخ (التقاييل) هو اتفاق المتعاقدين على إلغاء العقد المبرم بينهما .

والتفاسخ يتم بإيجاب وقبول ، صريحين أو ضمنيين^(١) كما هو الحال فى العقد الأصى . ولابد فى الإرادة الضمنية أن تكون قاطعة فى الدلالة على حصوله ، فالاتفاق على زوال العقد بعد حصوله لايفترض ولايتوسع فى تفسير ما يؤدى عليه .

واستخلاص نية التعاقدين فى وقوع التفاسخ الضمنى يدخل فى سلطة قاضى الموضوع للتقديرية طالما يبنى على أسباب سائغة .

ويجب التمييز بين حصول التفاسخ فى العقد وبين إجراء مجرد التعديل فيه . فالتفاسخ لا يكون إلاحيثما يقتضى العقد الجديد إزالة العقد الأول برمته . أما إذا لم يكن من شأن العقد الجديد أن يزيل العقد الأول ، وأمكن له أن يقوم إلى جانبه وإن غير فى بعض أحكامه التى لاتتمس أصله وأساسه . فإننا لا نكون بصدد تفاسخ على

(١) المنهورى ص ٥٦٦- سمير عبد السيد تناغو ١٨٦- الأستاذ محمد كمال

عبد العزيز النقيين المدنى فى ضوء القضاء والفقه مصادر الالتزام
٢٠٠٣ ص ١١٢٣ .

العقد القديم ، وإنما بصدد مجرد إجراء تعديل فيه . ومثال هذه الحالة التى يتفق فى عقد البيع على تسليم المبيع أو دفع الثمن فى ميعاد مضروب ، ثم يأتى للطرفان ويتفان فى تاريخ لاحق على تغيير هذا الميعاد ^(١).

ويلزم لحصول التفاسخ فضلا عن توافق الإرادتين على إزالة العقد واعتباره كأن لم يكن ، أن يكون فى مقدور الطرفين التمشى فعلا وواقعا مع الغاية التى يستهدفانها من التفاسخ ، تلك الغاية التى تتمثل فى إزالة العقد وما يتبعه من إعادة طرفيه إلى الحالة التى كانا عليها عند إبرامه .

فإذا كانت إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها عند إبرام العقد متعذرة لسبب أو لآخر. فإن التفاسخ على هذا العقد يقع باطلا لاستحالة محله. وهذا ما دعا الفقه الإسلامى إلى أن يشترط لحصول التفاسخ أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد أحد المتعاقدين . فإن هلك أو تلف أو حصل التصرف فيه للغير ، ما جاز التفاسخ أو ما سرى فى حق الغير على حسب الأحوال. فإن هلك أو تلف أو حصل التصرف فى بعض المعقود عليه ، جاز التفاسخ فى الباقي بقدر حصته من المقابل .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٦٢ .

وإذا كان قانوننا المدني المصرى لم يتضمن مثل هذا الشرط، حيث أنه لم يعرض لتنظيم التفاضل أصلا ، إلا أنه يتعين الأخذ به فى ظله ، لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد القانونية العامة . ففى البيع مثلا ، يلزم أن يكون المبيع قائما وباقيا فى يد البائع أو المشتري عند الاتفاق على التفاضل . ولكن لا يمنع من إمكان الاتفاق على التفاضل أن يتلف بعض المبيع أو أن يحصل التصرف فيه ، حيث يقع التفاضل فى الباقي ، بقدر حصته من الثمن . أما إذا قبض المشتري الثمن وضاع منه . فإن ذلك لا يحول دون الإقالة ، إذ أن المتطلبات لانهالك (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التفاضل كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين ، وبحسب محكمة الموضوع إذا هى قالت بالتفاضل ضمنى أن تورد فى الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتى طرفى التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ١٦ ق جلسة ١٠/١٦/١٩٤٧)

٢- (أ) "إن حصول التفاضل من المسائل الموضوعية التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها . فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاضل من عبارات واردة فى لورق الدعوى مؤدية إليه فلا سبيل عليها لمحكمة النقض " .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٦٤ .

(ب)- " إن استخلاص الرضا وشروطه هو من أمور الواقع الذى يستقل به قاضى الموضوع . فإذا كان كل ما شرطه المشتري فى إنذاره البائع لقبول التفاوض هو عرض الثمن المنفوع مع جميع المصاريف والملحقات عرضا حقيقيا على يد محضر فى ظرف أسبوع ، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها على أن الإيداع أيضا فى بحر الأسبوع كان شرطاً للتفاوض ، وكان الثابت بالحكم أن المشتري تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستندا فى ذلك إلى أن المبلغ المعروض لم يكن شاملا للرسوم التى دفعت توطئه للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع فى الأسبوع ، فإنه لا يجوز للمشتري أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض فى حين أن إيداع المبلغ المعروض لم يتم فى الأسبوع " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ١٧ فى جلسة ١٥/٤/١٩٤٨)

٣- (أ) - " التفاوض " التقابل " كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون أيضا بإيجاب وقبول ضمنيين وبحسب محكمة الموضوع إذا هى قالت بالتفاوض الضمنى أن تـُـورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتى طرفى التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد " .

(ب)- " إذا عرض المشتري فى إنذاره للبائعين تنقيص الثمن فرفض البائعون فى إنذارهم الذى ردوا به - على إنذار المشتري -

وأعلنوا عدم قبولهم هذا العرض وضمنوا هذا الإنذار أنهم يعتبرون ما تضمنه عرضا من جانب المشتري للفسخ وأنهم يقبلونه فإنه طالما أن قبولهم هذا يعارض الإيجاب الصادر إليهم من المشتري فإن هذا القبول يعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا بالفسخ وذلك بالتطبيق لنص المادة ٩٦ من القانون المدني .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/١٦)

٤- " لئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد المتعاقدين بفسخ العقد دون رضا المتعاقد الآخر، إلا أنه ليست ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على رفع العقد والتنازل منه ، وأيا كان الرأي في طبيعة هذا الاتفاق وهل يعد تقاسما أو إبرا ما لعقد جديد ، فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين بعدم تنفيذ العقد ، وبحسب محكمة الموضوع إذ هي قالت بالتنازل الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي العقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد .

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣)

٥- إذ كان الطاعنان لم يقدم ما يدل على تمسكهما أمام محكمة الموضوع بانقضاء عقد الوعد بالإيجار بالتنازل عنه إثر تنازل بات من المطعون عليه الأول للموعود له -- عن التمسك به ، وكل ما

ساقه للطاعن الأول على ما جاء بأسباب الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه أنه عرض الشق الأربعة على المطعون عليه الأول شفاهة لاستئجارها فلم يقبل بينما نفى المطعون عليه الأول هذا الادعاء وإذا كان لا يكفي لاعتبار الدفاع متضمنا هذا النعي مجرد الإشارة فيه إلى عدم قبول المطعون عليه الأول استئجار تلك الشق بل يجب أن يسديه في صيغة صريحة جازمة تدل على تمسك صاحبه بأن عقد الوعد بالإيجار قد انقضى بما لا يجوز معه للمطعون عليه الأول التمسك به بعد ذلك، إقامة دعواه تأسيسا عليه ، فإنه لا تثير على الحكم المطعون فيه إن هو لم يعتبر دفاع الطاعن الأول متضمنا انقضاء الوعد وبالتالي لم يرد عليه ، وطالما أنه لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع فإنه لا يقبل منه التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض .

(طعن رقم ٥٦٥، ٥٧٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

٦- " التماسخ والتقابل كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون أيضا بإيجاب وقبول ضمنيين ، وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالتماسخ الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي العقد ، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد " .

(طعن رقم ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٩)

٧٠- التقايل. عن العقد صراحة أو ضمنا هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة دون أن يكون ملزما بالرد استقلا على أوجه دفاع الخصوم مادامت الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها فيها الرد ضمنى على هذا الدفاع " .

(طعن رقم ٤٤٩٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧)

٨- إن عقد البيع النهائي الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ينسخ العقد الابتدائي ويحل محله فيما يتعلق بشروط البيع وأحكامه، ويصبح هو قانونهما والمرجع في التعرف على إرادتهما النهائية ، ومن ثم فإنه قد يتناول مقدار المبيع ، أو الثمن ، أو شروط البيع الابتدائي بالتعديل حيث يسوغ القول بأن العقد النهائي بمثابة تقايل من البيع الابتدائي " .

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١ - لم

ينشر بعد)

٩ - " المقرر أنه إذا اشتمل العقد (عقد البيع الابتدائي) على بيع أكثر من حصة مقابل ثمن إجمالي لها جميعا ، ثم انعقدت إرادة الطرفين في العقد النهائي على أن يصبح هذا الثمن مقابلا لبعض تلك الحصص دون البعض الآخر ، فإن مؤدى هذا أنهما تقايلا من بيع ما لم يشتمل عليه العقد النهائي من أجزاء المبيع ، وارتضيا

تعديل كل من المبيع والتمن . والقول بغير ذلك مؤداه التزام البائع بنقل ملكية الأعيان التي لم يشتمل عليها هذا العقد الأخير دون مقابل، وهو ما يتعارض مع كون التمن ركنا أساسيا في عقد البيع لا ينعقد دون تحديده أو على جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها " .

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢١/١١/٢٠٠٠)

٢٢٥- التفاسخ حال رفع دعوى الفسخ :

يجوز أن يحصل التفاسخ عن العقد بين المتعاقدين أثناء رفع دعوى الفسخ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المطعون عليه قد رفع دعواه طالبا فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين الطاعنين وطلب هؤلاء الآخرون فسخ هذا العقد، فإن الحكم المطعون إذ قضى بالفسخ تأسيسا على تلاقى إرادة المشتري والبائعين لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه، ولا ينال من ذلك أن كلا من البائعين والمشتري بنى طلب الفسخ على سبب مغاير لسبب الذي بناه الآخر إذ أن محل مناقشة ذلك وإعمال آثاره هو عند الفصل في طلب التعويض " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ ق، جلسة ٢١/١/١٩٧٤)

٢٢٦- تفاسخ المشتري بعقد عرفى عن البيع ولو كان قد باع المبيع إلى آخر مادام هو لم يحل إليه حقوقه الناشئة عن عقد شرائه^(١) :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إنه وإن كان لمشتري العقار غير المسجل أن يحيل إلى الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد لآخر وفقا لإجراءات الحوالة ، إلا أن ذلك لاينفى حقه أيضا فى أن يتصرف بالمبيع فى العقار إلى مشتر ثان بموجب عقد بيع يكون مستقلا بذاته عن عقد شرائه يلتزم هو فيه قبل المشتري بكافة التزامات البائع التى يرتبها عقد البيع ، وإذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع المؤرخ ١٩٧٢/٤/٢١ أنه تضمن البيع ، وإذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع المؤرخ ١٩٧٢/٤/٢١ أنه تضمن البيع وإذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع المؤرخ ١٩٧٢/٤/٢١ أنه تضمن بيع المطعون ضده الأول الأطيان التى اشتراها من المطعون ضدهما الثانى والثالث بموجب عقد البيع غير المسجل ١٩٧٠/١٢/١ إلى الطاعن ، وأن المطعون ضده الأول التزم فى العقد الأول بكافة التزامات البائع التى تتولد عن البيع من ضمان خلو المبيع من الحقوق العينية والالتزام بتسليم مستندات الملكية للطاعن والتوقيع على العقد النهائى . واستحضر المطعون

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ٤٩٨ .

ضدهما الثانى والثالث للتوقيع عليه مما ينفى عنه صفة حوالة الحق التى يترتب عليها حلول المحال له محل المحيل فى الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه ، ومن ثم فلا يحل للطاعن محل المطعون ضده الأول فى العقد المؤرخ ١٩٧٠/١٢/٨ ويكون لهذا الأخير وللمطعون ضدهما الثانى والثالث أن يتقايلا عنه إعمالا للأثر النسبى للعقود .

(طعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٥ فى جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

٢٢٧- لأصل ألا يكون للتفاسخ أثر رجعى :

الأصل ألا يكون للتفاسخ أثر رجعى ، فهو عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه ، إلا أنه يجوز للطرفين أن يتفقا على الأثر الرجعى لزوال العقد ^(١).

ويجوز أن يكون الاتفاق على الأثر الرجعى شاملا كافة الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذى تم التفاسخ عنه ، أو عن بعض هذه الحقوق والالتزامات فقط . والاتفاق على الأثر الرجعى ، كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا يستخلصه قاضى الموضوع من ظروف الدعوى .

(١) السهوى ص ٥٦٦ - تميم عبد السيد تناغو ص ١٨٦ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٥٥ - عبد المنعم الصده ص ٣٩٥ - وعكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٦٤ ومابعدا - محمد كمال عبد العزيز فى مصادر الالتزام ص ١١٢٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون للتفاسخ أثر معدم لكل ما يترتب على تعاقدهما من حقوق والتزامات والمحكمة أن تستخلص هذه النية المشتركة من ظروف الدعوى وملاساتها ، وإن فمتى كانت المحكمة بعد أن استعرضت ظروف التفاسخ قالت إن من شأنه أن يجعل البيع كأن لم يكن مؤسسة قضاءها في ذلك على أن المطعون عليه الأول إنما اضطر إلى التنازل عن دعواه بصحة التعاقد بل وعن حقه في البيع إزاء إصرار الطاعن على إنكاره في البداية فلما لاحت للطاعن مصلحة في التمسك بهذا العقد الذي سبق أن إهدره بإنكاره رفع الدعوى بصحته بعد أن عدل عنه المطعون عليه الأول واستخلصت من هذه الظروف أن العقد يفرض أنه سبق أن تم أصبح بإرادة المتعاقدين منفسخا وكأنه لم يكن ، فإنها لا تكون في تقريرها هذا قد أخطأت في القانون " .

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

٢- "مبني كان الطرفان قد تراضيا على إلغاء العقد فإن هذا التفاسخ (التقایل) لا يكون له أثر رجعي إلا إذا اتفقا على ترتيب هذا الأثر بالنسبة لكل أو بعض الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذي تفاسخا عنه "

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٧)^(١)

٢٢٨- عدم مساس الأثر الرجعى للتفاسخ بحقوق الغير :

يجب ألا يمس الأثر الرجعى للتفاسخ بحقوق الغير منعاً من الإضرار به .

والمقصود بالغير هنا من اكتسب حقاً عينياً على العقار المبيع قبل تسجيل عقد التفاسخ . فإذا كان العقد الأول هو عقد بيع لعقار وانتقلت به الملكية إلى المشتري بالتسجيل . فإن التفاسخ لا ينتج أثره فى حق للغير إلا من وقت تسجيله . ويترتب على تسجيله أن تعود الملكية مرة أخرى إلى البائع من وقت التسجيل . فإذا كان الغير قد

(١) ويعلق الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي على هذا الحكم قائلاً (ص ٦٦٤ هامش (٣) ومابعدهما) : " وقد جاء فى هذا الحكم أن " التفاسخ ... لا يكون له أثر رجعى إلا إذا اتفق الطرفان على ترتيب هذا الأثر له " . وهذا الذى قاله الحكم ليس صحيحاً ، إذا قصد من التفاسخ الإقالة من العقد بالمعنى الذى نقصده من دراستنا لها فى المتن ، أى بمعنى إزالة العقد من أصله واعتباره كأن لم يكن أبداً . ولكن محكمتا العليا ، شأنها فى ذلك شأن محكمة الموضوع المطعون فى حكمها ، استعملت هنا اصطلاح " التفاسخ " فى معنى إلغاء العقد للمستقبل دون مساس بما تم من تنفيذه فى الماضى ، وذلك فى عقد توريد أغذية لبعض المدارس ، تنفذ فى بعض مدته ، ثم مرض المتعهد ، فطلب إعفائه من الاستمرار فى التوريد ، ووافقت مديرية التعليم على إعفائه . ومحكمتا العليا ، إذ يستعمل هنا اصطلاح " التفاسخ " فى المعنى الذى بيناه يتمثل قضاؤها سليماً تماماً إذ أننا لمنا هنا بصدد الإقالة بمعنى إزالة العقد من الوجود واعتباره كأن لم يكن ، وإنما بصدد إنهاء للعقد وإلغائه للمستقبل فحسب .

اكتسب حقا على العقار من المشتري في الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل التناسخ فإن هذا الحق يظل نافذا في حق البائع الذي عادت إليه ملكية الشيء^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الغير الذي لا يمسر التقايل حقوقه هو من اكتسب حقا عينيا على العقار المبيع . ولا يتحقق ذلك بالنسبة للطاعن - مشتري العقار من المشتري الأول ، إلا بشهر عقدي البيع أو التأشير بالحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد على هامش صحيفة المشهرة ، أما مجرد شهر الصحيفة فإنه لا يرتب حقا عينيا للطاعن يحول دون الاحتجاج عليه بالتقايل بين البائع والمشتري الأول ولو كان عرفيا " .

(طعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

كذلك إذا كسب الغير حقا يتعلق بالشيء الذي ورد عليه العقد الذي حصل عليه التناسخ بمقتضى عقد من عقود الإدارة ، كالإيجار فإنه حقه يبقى بالرغم من التناسخ .

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١٨٦ .

الفسخ الاتفاقي

٢٢٩- المقصود بالفسخ الاتفاقي :

الفسخ الاتفاقي ، هو اتفاق المتعاقدين على أن يكون العقد مفيوفا من تلقاء نفسه وبغير حاجة إلى الالتجاء للقاضي عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه .

وعلى ذلك فإنه الفسخ الاتفاقي يقع بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة إلى رفع دعوى بالفسخ ^(١).

وإذا نازع المدين في تحقق الشرط ، فإن الدائن يكون مضطرا إلى رفع دعوى لاستصدار حكم بالفسخ . فإذا صدر حكم بالفسخ كان الحكم مقررأ له لامتنعا ، لأن الفسخ قد وقع فعلا بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك .

وهذا الفسخ الاتفاق ، يطلق عليه البعض أيضا تسمية الفسخ القانوني ، باعتبار أنه يقع بقوة القانون ومن غير تدخل القضاء وحتى لا يختلط بالتفاسخ أو التنازل .

ويطلق عليه أيضا الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح ^(٢).

ويلجأ المتعاقدان إلى الفسخ الاتفاقي رغبة منهما في تجنب رقابة القضاء وما تقتضيه هذه من إعدال ورفع دعوى ، فيتفقان سواء في العقد أو في اتفاق لاحق أو أثناء إجراءات التقاضي عندما يعلن

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٣٠ - عبد المنعم الصده ص ٤٠٣ - عبد

المنعم حسنى ص ٦٧ ومابعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٣٠ .

للمدعى عليه فى دعوى الفسخ طالب الفسخ بقبوله له - على أن يقع الفسخ عند إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه ، فيحل الاتفاق محل الحكم ويكون له أثره وإن اختلف عنه من حيث أن الحكم بالفسخ ينشئ الفسخ فى حين أن الفسخ بالاتفاق يقرر الفسخ ولا ينشئه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما الفسخ الاتفاقى ، فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائى ، عند التخلف عن الوفاء " (١).

٢٣٠- وجوب توافر الشروط اللازمة للفسخ طبقا للمادة

١٥٧ مدنى :

يذهب الفقه إلى أنه يشترط لقيام حق الدائن فى الفسخ الشروط اللازمة لتوافرها فى قيام الحق فى الفسخ بصفة عامة ، وهى أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين وأن يقع إخلال من المدين فى تنفيذ التزامه مع ملاحظة أن يكون من الالتزامات التى تعلق بها الاتفاق على الفسخ ، وأن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه ، وأن يكون قادر على إعادة الحال إلى ما كانت عليه (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٢٨ .

(٢) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز فى مصادر الالتزام ص ١١٠١ .

غير أن محكمة النقض لم تأخذ بهذا النظر وقضت بأن :

إذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاب طرفي التعاقد إلى ما طلباه من فسخ العقد فإنه لا يكون ثمة محل بعد ذلك للتحدث عن شروط انطباق أحكام المادة ١٥٧ من القانون المدني لأن مجال إعمالها هو فى حالة الشرط للفاسخ الضمنى أما فى حالة الفسخ الاتفاق فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيد .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١)

٢٢١- تلجج المتعاقدين فى اشتراط الفسخ :

شرح الفسخ لا يمكن أن يكون واحدا فى أثره ، لأنه مادام مرجع الفسخ فى هذه الحالة هى إرادة المتعاقدين ، فإن إرادتهما هى التى تحدد ما إذا كان الطرفان قد استبقيا للقضاء سلطته أم ضيقا منها أم استبعداها كلية ، وما إذا كان الإعذار لازما أم لا . وإن فالمناطق فى ذلك كله بصيغة شرط الفسخ التى اتفقا عليها .

وهذه الصيغة لاتخرج - كما أظهر العمل - عن واحدة من أربع

هى :

الصيغة الأولى :

أن يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يقم أحد

المتعاقدين بتنفيذ التزامه .

وهذه أضعف الصيغ التى يتفق عليها فى هذا الشأن .

والشرط هنا ليس إلا ترديدا للقاعدة العامة في الفسخ ، ولذلك فإنه يؤخذ على أن المتعاقدين أرادا به تقرير القاعدة العامة ، أى ترديد الشرط الضمنى بالفسخ فى كل عقد ملزم للجانبين وبالترتيب على ذلك ، فالشرط المذكور لا يبنى عن الإعذار ، ولا عن رفع الدعوى للحصول على حكم بالفسخ ، ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية فى الفسخ ، ولا يحرم المدين من حقه فى توكى الفسخ بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم النهائى بالفسخ ^(١) . ولا يمنع الدائن أيضا من التنفيذ بدلا من طلب الفسخ ^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن شرط الفسخ لا يعتبر صريحا فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى إلا إذا كان يفيد انفساخ عقد البيع من تلقاء نفسه . أما إذا تعهد المشتري بأداء باقى ثمن المبيع فى ميعاد عينه فإن لم يؤده فى هذا الميعاد كان للبائع الحق فى فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المنصوص عليه فى المادة ٣٣٢ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/١٧)

(١) المسنهورى ص ٥٨٨ - عبد المنعم الصده ص ٤٠٥ - محمود جمال

الدين زكى ص ١٩١ وما بعدها .

(٢) سمير عبد السيد تناغوص ١٩٢ .

٢- " إن المادة ٣٣٤ من القانون المدني تقتضى أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعداره بإنذار ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعدار . ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بإنذاره أى يكلفه الوفاء فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من أعمال خياره فى الفسخ . وإذن فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا أعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح " .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣)

٣- " الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه . فإذا كانت عبارة الشرط هى أنه " إذا أخلت المشتري بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغيا ... الخ " فإنها لاتعدو أن تكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين فلا يكون الفسخ حتميا " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢)

٣- " الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه . وإذا كانت عبارة الشرط الواردة فى عقد البيع أنه " إذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا " فإن هذا الشرط لا يدعو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين ، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية ألا تقتضى بالفسخ استنادا إلى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تبينته من أن الباقي من الثمن بعد استئصال قيمة العجز فى المبيع قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملة فإنها لا تكون قد خالفت القانون " .

(طعن رقم ٤٩١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١/٩)
الصيغة الثانية :

أن يتفق على أن يكون العقد منسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم .

دعوى والحصول على حكم بالفسخ .

ولكن هذا الشرط لا يعفى الدائن من الإعذار ، إذ الإعذار واجب

لإعمال الشرط . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعذار

نفسخ العقد من تلقاء نفسه بالإعفاء من الإعذار في الفسخ الاتفاقى
يجب الاتفاق عليه صراحة .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ١٥٨ من القانون المدنى على أنه " يجوز الاتفاق
على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم
قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفى من
الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه " . وكانت
عبارة البند السابع من العقد سند الدعوى المؤرخ ١٩٩١/١١/١٨
تنص على أنه " إذ تأخر الطرف الثانى فى سداد أى قسط استحق
عليه حل موعد سداد باقى الثمن على المشتري فورا دون حاجة إلى
إعذار أو تنبيه . كما يحق للطرف الأول اعتبار العقد مفسوخا من
تلقاء نفسه وبدون حكم قضائى ويكون له أيضا الحق فى استرداد
المحل موضوع للتعامل " فإن البين من هذه العبارة أن
الطرفين وإن اتفقا على أنه إذا تأخر المشتري عن سداد أى قسط
مستحق عليه يحل موعد سداد ما فى الأقساط دون حاجة إلى إنذار
أو تنبيه . إلا أنهما لم يتفقا صراحة على إعفاء البائعة من إعذار
المشتري بسداد المستحق عليه من الثمن قبل رفع دعوى الفسخ
ولايغير من ذلك اتفاقهما فى البند المشار إليه على اعتبار العقد
مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم قضائى ذلك أن الشرط على هذا

النحو لا يعفى من الإعذار قبل رفع دعوى الفسخ إعمالا للمادة ١٥٨ من القانون المدنى السالف ذكرها وليس هناك تعارض فى هذه الحالة بين إعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك لأن الإعذار لا يعتبر تنازلا عن المطالبة بفسخ العقد بل هو شرط واجب لرفع الدعوى به ، وبالتالي يتعين حصول الإعذار فى هذه الحالة - كشرط لايقاع الفسخ الاتفاقى - وذلك بقصد وضع المدين قانونا فى وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه ، ولاينال من ذلك ما هو مقرر من أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذارا للمدين ، إذ أن شرط ذلك أن تشتمل صحتها على تكليف الأخير بالوفاء بالتزامه " .

(طعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧)

الصيغة الثالثة :

أن يستفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار .

وهذه الصيغة تحقق أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة .
فيترتب عليه إذا تخلف المدين عن أداء التزامه ، أن يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول ميعاد التنفيذ دون القيام به (١) .

(١) راجع فى هذه الصيغ الأستاذ محمد على راتب وآخرين قضاء الأمور المستعجلة جـ ١ الطبقة السابقة ١٩٨٥ ص ٦٦٣ ومابعدها - عبد المنعم الصده ص ٤٠٣ ومابعدها - محمود جمال الدين زكى ص ١٩١ ومابعدها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- إذا كان العقد مشروطا فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخا بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء. وله الحق فى تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور للمستعجلة ، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، ولا يبقى له فى اعتبار الفسخ حاصلًا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها . ولا يؤثر فى مدلول هذا الشرط وأثره القانونى أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده، لأنه فى الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتضاره على طلب الأجرة فى دعوى سابقة هو قول مردود ، لأن التنازل الضمنى عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك فى أنه قصد بها التنازل عنه وليس فى المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لاتعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخر فى دفعها " .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٨/١/١٩٤٥)

٢- " إن ما جرى به قضاء هذه المحكمة من أن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار

أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه وقوع الفسخ حتماً نفاذاً لذلك الاتفاق بمجرد تحقق الشرط دون أن يكون للقاضي خيار في أمره بل ويتحقق الفسخ دون حاجة إلى التقاضي ما لم ينزع في وقوعه موجب الفسخ ، وتقف مهمة القاضي في هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالالتزام ليقرر اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه باعتبار العقد مفسوخاً لتخلف الطاعن عن سداد أقساط الثمن في الميعاد المتفق عليه وتحقق الشرط الفاسخ المنصوص عليه صراحةً بالبند الثاني من العقد تبعاً لذلك فإن الإجراء الذي اتبعه الطاعن بعرض باقى الثمن عند نظر الدعوى أمام محكمة الاستئناف وبعد تحقق الفسخ يكون عديم الأثر ولا على المحكمة أن هي لم تعرض لهذا الإجراء أو ترد عليه .

(طعن رقم ١٩١٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٣١ - غير

منشور)

٣- " المقرر أنه متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن يكون مفسوخاً في حالة تأخر المشتري عن دفع باقى الثمن في الميعاد المتفق عليه من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إذار أو حكم من القضاء فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملاً ينص المادة ١٥٨ من القانون المدنى ولا يلزم إذن أن يصدر حكم بالفسخ ، كما

لاينال من إعمال أثره أن يكون لصاحبه الخيار بينه وبين التنفيذ إذ يبقى له دائما الخيار بين إعمال أثره وبين المطالبة بالتنفيذ العيني .

(طعن رقم ١٦٣٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠)

٤- " المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ إذ يقع هذا الفسخ الاتفاقى بمجرد إعلان الدائن رغبته فى ذلك دون حاجة إلى رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به " .

(طعن رقم ٣٢٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٣)

٢٢٢- عدم اشتراط ألفاظ معينة للشرط الفاسخ الصريح :

لا يشترط القانون استعمال ألفاظ معينة فى الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ. فلا يشترط مثلا أن ترد صيغة الفسخ الاتفاقى فى إحدى الصيغ التى أوردناها بالبند السابق وينفس العبارات التى استعملناها ، فالمتعاقدان يستعملان من العبارات ما يجرى عليه قولهما . والقاضى هو الذى يكيف الاتفاق بإدخاله فى نوع من هذه الأنواع^(١).

(٢) سمير عبد السيد تناغو ص ١٩٤ ومبعضها - راتب وآخرين جـ ١

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ لم يَقم أحد العاقدين بالتزامه كان للأخر ألا يوفى بالتزامه من غير حاجة إلى تنبيه رسمي أو إلى حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما في العقد مقابل التزام الآخر . فإذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط ، وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأميناً للمدداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته توقيهه متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق عيني مقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط المدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى، بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها فى العقد كان البنك فى حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين فى عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك فى التقسيط بأحقية فى الاستمرار فى التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شئ" .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١٢/٢١)

٢- " إن حصول التماسخ من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضى الموضوع بتقديرها . فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التماسخ من عبارات واردة فى أوراق الدعوى مؤدية إليه فلا سبيل عليها لمحكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٥/٤/١٩٤٨)

٣- " القانون لم يشترط ألفاظا معينة للشرط التماسخ فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشتري الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط التماسخ الصريح ، أى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد نسخ منلول نص العقد ، لأن عبارته تحتل ما استخلصه الحكم منها " .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٧ ق جلسة ٢٣/١٢/١٩٤٨)

٤- " لا يشترط القانون ألفاظا معينة للشرط التماسخ الصريح وعلى ذلك فإن النص فى الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو أنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم

مقام النص على الفسخ بلفظه . فإذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من عبارات العقد أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحريره إلى اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه عند إخلال الطاعنين (البائعين) بالتزامهما وبنيت هذا الاستخلاص على ما ورد في العقد من عبارات فسرتها بأنها تفيد الاتفاق على أنه في حالة تخلفهما عن الوفاء بالتزامهما يصبحان ملتزمين برد ما قبضاه من ثمن المبيع الذي تخلفا عن تسليمه وذلك بدون أى منازعة وبلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار وهو أثر لا يترتب إلا على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه- وكان لاسبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتل المعنى الذى أخذت به فإن تكيف الشرط على مقتضى هذا التفسير بأنه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير كفاية أسباب الفسخ - هذا التكيف لا مخالفة فيه للقانون " .

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨)

٥- " ذلك أن القانون لا يشترط ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ وكل ما يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له ، والاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه

أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه . ولما كانت محكمة الاستئناف قد التزمت هذا النظر وخلصت من عبارات البند الثالث من عقد البيع السالف الذكر بأن " يعتبر هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بدون تنبيه أو إنذار " أن نية المتعاقدين قد اتجهت عند تحرير العقد على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام الطاعنين بالوفاء بباقى الثمن دون حاجة إلى إنذار أو حكم بالفسخ ، وأن الحكم فى هذه الحالة يعتبر مقررًا للفسخ لامنشأ له ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه لم يشبه أى تناقض لأن إحالته على أسباب الحكم الابتدائى مقصود بها الإحالة على ما لا يتناقض مع أسبابه الخاصة ، وقد أيد الحكم الابتدائى القاضى بفسخ عقد البيع فلم يسوئ مركز الطاعنين باستئنافهم ، وكان تصريح محكمة الموضوع بإيداع باقى الثمن خزائن المحكمة لا يعتبر فصلا فى الخصومة مما تستفد به المحكمة ولايتها ، ويحوز حجية الأمر المقضى ، لما كان ما تقدم فإن هذا النعى يكون على غير أساس .

(طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١١/١٨)

٦- "تمسك الطاعنة بأن عبارة الشرط الفاسخ الواردة بعقد الإيجار لا تدل على اتجاه إرادتها إلى قبول الفسخ الاتفاقى وبأن المطعون ضده لم يعجزها بالفسخ رغم أن الشرط لم يعفه منه وبتنازله عن حقه فى طلب الفسخ بالسماح لها بإدخال المياه والكهرباء وتعسفه فى استعمال حقه بحرمانها من إدخال هاتف بالعين المؤجرة لها . اطراح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وقضاؤه باعتبار العقد مفسوخا استنادا إلى مخالفة الطاعنة شرطا فاسخا يسلب المحكمة كل سلطتها التقديرية . خطأ وقصور " .

(طعن رقم ١٥٠٣ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٩/١٨)

٧- (أ) - " النص فى المادة ١٥٨ من القانون المدنى على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإغفاء منه* يدل على أن اتفاق الطرفين فى العقد على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه بحكم الاتفاق بغير حاجة للتقاضى بمجرد حصول المخالفة الموجبة له وبدون أن يكون للعقد ولا للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ يعتبر شرطاً فاسخاً صريحاً طالما كانت عباراته واضحة وصريحة فى الدلالة على هذا المعنى أيا كانت الألفاظ أو العبارات التى تخيرها المتعاقدان للتعبير عن هذا الشرط " .

(ب) - " إذ كان عقد البيع المبرم بين الطرفين قد نص في البند الثانى منه على أنه * تم هذا البيع نظير ثمن اجمالى قدره ٣٥٠٠٠ جنيه دفع الطرف الثانى للطرف الأول مبلغ ٧٠٠٠ جنيه والباقى قدره ٢٨٠٠٠ جنيه تدفع على أقساط شهرية كل قسط قيمته ٦٠ جنيه حتى تمام السداد ، وإذا تأخر عن سداد ثلاثة أقساط متتالية يحق للطرف الأول فسخ هذا التعاقد واسترداد الشقة موضوع البيع وذلك بدون إنذار أو حكم من المحكمة " وكانت هذه العبارات صريحة وواضحة الدلالة على اتفاق المتعاقدين على الشرط الفاسخ الصريح متى تأخر المشتري فى الوفاء بثلاثة أقساط متتالية من الثمن بغير حاجة إلى الإعذار أو استصدار حكم بالفسخ فيقع فور إيداء البائع رغبته فيه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر تلك الشرط مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمنى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وإذ رفض طلب الفسخ تأسيسا على أن الطاعن أقر فى صحيفة الدعوى بقبض مبلغ ٣٣٨٠٠ جنيهاً من الثمن البالغ مقدراه ٣٥٠٠٠ جنيه وأن المبلغ الباقي من الثمن فى ذمة المطعون ضده وهو مبلغ ١٢٠٠ جنيه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته رغم أن صحيفة الدعوى قد خلت من ذلك الإقرار الذى نسبته الحكم إلى الطاعن بل أنه تمسك فيها كما تمسك طوال مراحل النزاع بأن المطعون ضده لم يدفع سوى مقدم الثمن

ومقداره ٧٠٠٠ جنيه ولم يسدد باقى الثمن ومقداره ٢٨٠٠٠ جنيه
فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف الثابت فى الأوراق وقد
حجبه خطأه بشقيه عن بحث توافر موجبات إعمال الشرط الفاسخ
الصريح " .

(طعن رقم ١١١٦ لسنة ٦٤ قى جلسة ٢٠٠٤/١/١٢)

٢٣٣- اللجوء إلى القضاء إذا نازع المدين فى تحقق الشرط .

إذا نازع المدين للدائن فى تحقق الشرط للفاسخ للصريح مدعى أنه
قلم بالوفاء ، فلا مناص من لجوء الدائن إلى القضاء بطلب الحكم
بفسخ العقد ^(١) . إذ يتعين لإعمال الشرط أن يتمسك به صاحب الشأن
فلا يجوز للمحكمة إعماله أو إعمال آثاره من تلقاء نفسها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر أن الشرط الفاسخ الصريح وإن كان يسلب القاضى
كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة
من توافر ذلك الشرط بعد أن يطالب به الدائن ويتمسك بإعماله
باعتبار أن الفسخ قد شرع فى هذه الحالة لمصلحته وحده فلا تقضى
به المحكمة من تلقاء نفسها " .

(طعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٩ قى جلسة ١٩٨٢/١١/٢٠)

(١) حلمى بهجت بنوى ص ٤٨٨ - عبد المنعم الصده ص ٤٠٤ .

فإذا تبين للقاضي تحقق الشرط تعين عليه القضاء بالفسخ .
أما إذا تبين له عكس ذلك ، فلا يجوز له إعمال الشرط الفاسخ
الصريح ، ولا يكون أمام الدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقاً
للمادة ١٥٧ مدنى .

وتقتصر مهمة القاضي فى هذه الدعوى ، على التحقق من
توافر شروط الفسخ الاتفاقى والتثبت من انطباق الشروط على
عبارة العقد ، وأهمها امتناع المدين عن تنفيذ التزامه . وله أيضاً
مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعمال الفسخ ومثل ذلك :
١- أن يكون الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء
بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ .

٢- أن يكون الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين
لالتزامه .

٣- أن يكون امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً كان يكون بناء
على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" وينع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للقاضى ، على أن ذلك
لايقبل الدائن من ضرورة الترافع إلى القضاء عند منازعة المدين
فى واقعة تنفيذ العقد . بيد أن مهمة القاضى تقتصر ، فى هذه الحالة
على التثبت من هذه الواقعة ، فإذا تحققت لديه صحتها أبقي على
العقد ، وإلا قضى بالفسخ على أن حرمان المدين من هاتين

الضمانتين لا يسقط عنه ضمانه أخرى ، تتمثل في ضرورة الإعذار ، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لأن كان الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من بقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله ، ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله ، فإن تبين له أن الدائن قد أسقط خياره في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فاسخ العقد أو كان الدائن هو الذي تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه ، تجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقي ، فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني^٢ .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٣٦ في جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦)

٢- إذ يدل نص المادة ١٥٧ من القانون المدني على أن الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العدي ، وكان الحكم المطعون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٢٨ .

فيه قد انتهى فى اسبابه إلى أن المطعون عليهما - المشتريين - كانا معذورين فى التأخير - فى إعداد مشروع العقد النهائى فى الميعاد المحدد لذلك ، ثم قضى بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما إذا كان الطاعنان - البائعان - المقضى ضدهما بالفسخ ، قد أخلا بالتزاماتهما عن ذلك للعقد إخلالا يستوجب الفسخ فإنه يكون معنيا بالقصور فى التسبب " .

(طعنان رقم ٢٨٦ لسنة ٣٨ قى ، ٥ لسنة ٣٩ قى جلسة

(١٩٧٥/٢/٢٣

٣- إنه وإن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه أن يسلب للقاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله ، ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للثبوت من انطباق للشروط على عبارة العقد ، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد ، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء على الدفع بحم التكفيذ فى حالة توافر شروطه ، وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ

الاتفاقي ، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني . وإذا كان الطاعن قد تمسك بنزول المطعون ضدهن عن الشروط الصريح الفاسخ مستندا إلى تنبيههن عليه بالإنذار المعلن إليه في ١٨/٧/١٩٦٧ بالوفاء بباقي الثمن رغم فوات مواعيد استحقاقه ، وإلا اعتبرن العقد لاغيا ، ودون التمسك في الإنذار بالشروط الفاسخ الصريح الوارد في العقد وإلى تراخيهن في رفع دعوى الفسخ مدة طويلة بعد الإنذار المعلن للطاعن في ١٨/٧/١٩٦٧ وحتى ٢٧/٨/١٩٦٩ تاريخ رفع الدعوى وكان الحكم المطعون فيه ، الذي أيد الحكم الابتدائي لأسبابه قد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد في العقد ، دون أن يعرض للظروف والاعتبارات التي ساقها الطاعن على النحو المتقدم للتحليل على نزول المطعون ضدهن عن التمسك بالشروط للفاسخ للصريح ، وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، فإنه يكون مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٩)

٤- المقرر - في قضاء هذه المحكمة- أنه وإن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي من كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ، إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شروط الفسخ

الاتفاقي ووجوب إعماله ، ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ، ويترتب على ذلك أنه متى كان مبنى الفسخ التأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له ، فإنه يتعين على القاضي التحقق من قيام هذا الشرط ومن بين ذلك التثبت من اتفاق العاقدین على قيمة كل قسط وما حل أجل سداذه".

(طعن رقم ٤٥٩١ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٣)

٢٣٤- يجوز التمسك بفسخ العقد طبقاً للشرط الفاسخ الصريح في صورة دفع للدعوى المرفوعة على المدعى عليه :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" طلب المطعون ضدها الأولى رفض الدعوى تأسيساً على أن عقد التنازل الصادر منها إلى الطاعن قد انفسخ إعمالاً للشرط الصريح للفاسخ المتفق عليه بينهما لا يعتبر منها - بوصفها مدعى عليها - طلباً عارضاً بل هو دفع موضوعي يدخل في نطاق المفاضلة في الدعوى ، لأن فسخ العقد بحكم الشرط الفاسخ الصريح يقع حتماً بمجرد إخلال المدين بالالتزام الذي يترتب عليه الفسخ ، ولا يقتضى رفع دعوى لطلبه أو صدور حكم به ، ويكفي أن يتمسك به الدائن في مواجهة المدين والمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع اللبائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري " .

(طعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣)

وعدم الرد على الدفع بمسقوط الحق في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح يعد قصورا في التسبب يعيب الحكم .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا دفع بمسقوط الحق في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح، ولم يرد الحكم على ذلك إلا بمجرد الإشارة إلى طلب الفسخ مطلقا دون بيان للمراد منه هل هو الفسخ الصريح أو الفسخ الضمني ، فهذا يكون قصورا في التسبب يعيب الحكم ويوجب نقضه " .
(طعن رقم ٢٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٢/٢٧/١٩٤٦)

٢٣٥- إقامة الدعوى بفسخ البيع والتعويض ، ثم الاستناد في الاستئناف إلى تحقق الشرط الصريح الفاسخ لا يعد طلبا جديدا :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المطعون عليهم قد أقاموا دعواهم الفرعية أمام محكمة الدرجة الأولى بطلب فسخ البيع مع التعويض ، وكانت المادة ٢/٢٣٥ من قانون المرافعات - المادة ٤١١ من قانون المرافعات السابق - قد أجازت للخصوم في الاستئناف - مع بقاء الأصلي على حاله - تغيير سببه والإضافة إليه ، فإن استناد المطعون عليهم أمام محكمة الاستئناف في طلب الحكم بالفسخ والتعويض إلى تحقق الشرط الصريح الفاسخ الوارد بالعقد ، يعتبر

سببا جديدا وليس طالبا جديدا يتغير به موضوع الطلب الأصلي لبقاء هذا الطلب على حاله حسبما كان مطروحا أمام محكمة الدرجة الأولى " .

(طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٢٦)

٢٢٦- ليس للقاضي سلطة تقديرية في الفسخ :

الشرط الفاسخ الصريح يطلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ . فطالما تحقق من توافر شروط الفسخ ، تعين عليه القضاء بالفسخ . لأن العقد قد انفسخ فعلا بمجرد تحقق الشرط ، ولا يمكن أن يعود بعد انفساخه .

ومن ثم لا يجوز للقاضي إهمال المدين لتنفيذ التزامه ، بل لو قام المدين بالوفاء بالتزامه فعلا ، فلا يحول دون القضاء بالفسخ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" أما الفسخ الاتفاقى ، فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائى ، عند التخلف عن الوفاء . ويفضى مثل هذا الاتفاق إلى حرمان العاقد من ضمانتين : (أ) فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون لهذا العاقد ، بل ولا للقاضى ، خيار بين الفسخ والتنفيذ . وإنما يبقى الخيار للدائن بداهة فيكون له أن يرغب عن الفسخ ويصر على التنفيذ " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٢٨ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لئن كان مؤدى نص المادة ١٥٨ من القانون المدنى أن الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله ، ذلك ، أن القاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ، كما أن له عند التحقق من قيامه مراعاة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله " .

(طعن رقم ١٢٣١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠)

٢- " المقرر- فى قضاء محكمة النقض- أن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ ، إذ يقع هذا الفسخ الاتفاقى بمجرد إعلان الدائن رغبته فى ذلك دون حاجة إلى رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به فإذا ما لجأ الدائن إلى القضاء فإن حكمه يكون مقررا للفسخ ولا يملك معه القاضى إهمال المدين لتنفيذ التزامه ولا يستطيع المدين أن يتقادى الفسخ بسداد المستحق عليه بعد إقامة دعوى الفسخ إذ ليس من شأن هذا السداد

لأن بعيد العقد بعد انفساخه إلا أنه يتعين أن تكون صيغة هذا الاتفاق صريحة للدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار ، لما كان ذلك وكانت قاعدة الفسخ المتقدمة والواردة في المادتين ١٥٧، ١٥٨ من القانون المدني غير آمرة تسرى على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقود الإيجار التي تخضع لأحكام القانون المدني ويخرج عن نطاق تطبيقها قوانين الإجراءات الاستثنائية " .

(طعن رقم ٢٢٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٣/٥/١٩٩٢)

٢٢٧- لا يحول الفسخ الاتفاقى دون طلب الدائن التنفيذ :

الاتفاق على الفسخ الاتفاقى ، وأياً كان المدى الذى يصل إليه المتعاقدان فى اشتراط وقوع الفسخ من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ ، لا يسلب الدائن الخيار بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ . فالشرط مهما بلغ من قوة لا يسلب الدائن حقه فى طلب التنفيذ ، وإلا أصبح تحت رحمة المدين ، فإن شاء هذا امتنع عن التنفيذ وجعل العقد مفسوخا فالفسخ مقرر لمصلحة الدائن ، ولذلك فهو لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به (١) .

(١) المنهوى ص ٥٩٣ - عبد المنعم الصده ص ٤٠٤ - سمير عبد السيد
تباغو ص ١٩٤ ومليحها - حلمى بهجت بنوى ص ٤٨٩ .

**٢٢٨- قصر الفسخ الاتفاقى على بعض الالتزامات
لا يجعله يمتد إلى غيرها :
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :**

" إذا كان عقد البيع المذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن للقسط الأول إذا دفع ولم تنفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وبقى له من غير أى اشتراط فى العقد بخصوصه ، فإن تفسيرها هذا الشرط لا يصح الطعن عليه بأنه مخالف للعقد الذى هو قانون المتعاقدين لأنه تفسير يحتمله العقد ولا غبار عليه قانوناً . ولكن كان يصح هذا الطعن لو أن العقد كان مذكوراً فيه بصفة صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له فقط حق تقاضى المتأخر مضموناً بماله من امتياز على العقار المبيع " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٥/٢)

٢٢٩- إثبات الاتفاق على الفسخ الاتفاقى :

يقع عبء إثبات الاتفاق على الفسخ الاتفاقى على عاتق المتمسك

به (١) .

(١) محمد كمال عبد العزيز فى مصادر الالتزام ص ١١٠٠ .

ومن ثم يلتزم من يتمسك بالفسخ الاتفاقى أن يقدم العقد الذى يتضمن الشرط الفاسخ الصريح .

٢٤٠- التعسف فى طلب الفسخ الاتفاقى : قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت أن الطاعن قد تمسك بتصف المطعون ضده بإصراره على إعمال الشرط للفاسخ لمجرد تأخره فى الوفاء بالأجرة لمدة ثلاثة أشهر ، بمبادرته بسداد الأجرة إثر رفع الدعوى ، وأن مدة الإجارة المتفق عليها ستون علما والأجرة الشهرية مائة وخمسون جنيها وتقاضى منه المؤجر مبلغ ثلاثة عشر ألف جنيه كمقدم أجرة يخصم منها النصف شهريا ولتفق على إعداد العين للسكنى خمسة عشر ألف جنيه أخرى ، ومن ثم فإن الأضرار التى تصيبه من فسخ العقد لا تتناسب البتة مع ما قد يحققه المطعون ضده من مصلحة ، فاكتفى الحكم المطعون فيه بالقول أنه لا سند له من الواقع أو القانون وأحال إلى الحكم الابتدائى الذى قال إن الشرط الفاسخ يسلب سلطة القضاء دون أن يتحقق مما إذا كان المطعون ضده متعسفا فى طلب إعمال الشرط للفاسخ للصريح ، وأن فسخ العقد فيه إرهاب للطاعن ، فإن الحكم يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٢٨٠٣ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١٠)

٢٤١- التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح :

الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح لا يتعلق بالنظام العام . ومن ثم يجوز للدائن التنازل عنه . وهذا التنازل عنه . وهذا التنازل كما يكون صريحا ، يصح أن يكون ضمنيا ، والتنازل الضمنى يستخلصه القاضى من وقائع الدعى دون تعقيب عليه فى ذلك من محكمة النقض، طالما جاء قضاؤه مبنيا على أسباب سائغة. وكل ما يفرضه القانون على قاضى الموضوع فى هذا الخصوص هو ألا يقول بالنزول الضمنى إلا إذا ثبت له تواجده على نحو يقينى قاطع، وأنه عند الشك يتحتم عليه القضاء بعدم وجوده ، وذلك إعمالا للقاعدة الأساسية التى تقضى بأن النزول عن الحق لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يودى إليه ، فلا يثبت التنازل الضمنى بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك فى أنه قصد بها التنازل عنه^(١).

فإذا اتفق على الشرط الفاسخ الصريح فى العقد عند التأخير فى سداد باقى الثمن فى تاريخ معين ، ثم قبل الدائن للوفاء بعد انقضاء هذا التاريخ ، أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح فإنه يكون متنازلا عن الشرط .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي من ٦٣٧ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى استخلص الحكم بأسباب سائغة تنازل الطاعة (البائعة) عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ للورد بلائحة بيع أملاك الميرى، فإن مجادلة الطاعة فى ذلك لاتعدو أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع ، وإذ كان الحكم قد استبعد الشرط الصريح للفاسخ ، ولم يعد قائما أمامه سوى الشرط الفاسخ الضمنى ، وهو لايسلب سلطة محكمة الموضوع فى تقدير حصول الفسخ من عدمه ، وكان المطعون عليه (المشتري) قد أوفى بالتزاماته قبل الفصل نهائيا فى الدعوى ، فإن للنعى على الحكم بالفساد فى الاستدلال ومخالفة القانون والقصور فى التسبيب ، يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٧ قى جلسة ١٩٧١/١٢/١٦)

٢- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا تضمن العقد شرطا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم الدخول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه ، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له وتبين أن البائع أسقط حقه فى استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد أقساط الثمن فى مواعيدها بقبول السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ

العقد منبثا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولا ، ولا يبقى له - عند التأخير في سداد ما تبقى من أقساط الثمن - سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني ، وفي هذه الحالة يكون أمر الفسخ خاضعا لتقدير محكمة الموضوع ويشترط للقضاء به أن يظل المشتري متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم في الدعوى (١) .

(طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢)

(١) وكان للحكم المطعون عليه قد أسس قضاءه بسقوط حق الطاعن في التمسك بالفسخ الاتفاقي على ما أوردته في أسبابه من أن المستأنف (الطاعن) قد حضر أمام محكمة الدرجة الأولى بجلسته ١٩٨٧/١١/٢٤ وقبل ما عرضته المستأنف ضدها (المطعون ضدها) عليه من باقى ثمن الشقة وهو مبلغ ٢٥٠ جنيه ... المتفق على دفعه عند التسليم، وقد أثبت بمحضر هذه الجلسة أن المستأنف يقبل هذا المبلغ باعتباره القسط الأخير، كما أنه عاد بجلسته ١٩٨٧/١٢/١٥ وقرر أنه يدفع دعوى المستأنف ضدها بطلب صحة ونفاذ العقد بعدم القبول لعدم سدادها باقى الثمن ، بمعنى أنه إذا قامت المستأنف ضدها بسداد الأقساط فإنه لا مانع في القضاء لها بصحة ونفاذ عقدها ، الأمر الذى تخلص المحكمة معه إلى أن المستأنف قد أسقط حقه في طلب الفسخ الاتفاقي .

ويعتبر قبول الدائن الوفاء دون تحفظ بعد صدور الحكم بالفسخ تنزلاً عن الفسخ الاتفاقي .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان البين من الأوراق أن الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بنزول المطعون ضده عن الشرط الصريح الفاسخ مستنديين في ذلك إلى قبوله سداد الأقساط بعد ميعاد استحقاقها ودلوا على ذلك بإقرار المطعون ضده في مذكرته المقدمة في ٢٧/٥/١٩٩٣ باستلامه قيمة الشيك المؤرخ ٣٠/٦/١٩٩١ وبما ثبت بمحاضر جلسات ٢٢/١١/١٩٩٢، ٧/٤/١٩٩٣، ٢٠/١/١٩٩٣ في القضايا أرقام ٨٢٦١ لسنة ١٩٩١ جنح المحلة ، ٢٥٥٧ لسنة ١٩٩٢ جنح مستأنف المحلة ، ٨٩٤٢ لسنة ١٩٩٢ جنح المحلة من تسلّم المطعون ضده لقيمة الشيكات الثلاثة استحقاق ١٣/٨، ٣٠/٩ على الترتيب والتعاقب إلا أن الحكم المطعون فيه رفض هذا الدفاع على سند من القول أن " المحكمة تستخلص من المستندات التي قدمها المستأنفون - الطاعنون - وهي صور محاضر الجench سائلة الإشارة إليها أن المستأنف ضده- لم يتنازل عن الشرط الصريح الفاسخ ودليل ذلك أنه استلم قيمة الشيكات أمام محكمة الجench مع تمسكه بالدعوى المتنيّة في هذا الشأن فضلاً عن أن سداد قيمة هذه الشيكات أمام محكمة الجench كانت معاصرة لتداول الدعوى

المستأنف حكمها ولم يبد المستأنف ضده - للمطعون ضده - أى مظهر من مظاهر هذا التنازل أمام محكمة أول درجة مصدرة الحكم المستأنف ومن ثم فإن المحكمة تستخلص مما تقدم أن المستأنف ضده لم يتنازل صراحة أو ضمنا عن الشرط الصريح الفاسخ " فى حين أن الثابت من الأوراق أن تاريخ سداد قيمة الشيكات المتبقية للمطعون ضده كان لاحقا على تاريخ صدور الحكم المستأنف وأن تمسك المطعون ضده أمام المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية لا يعنى إلا الدعوى المدنية المقامة بطريق التبع للدعوى الجنائية دون دعوى الفسخ ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه معيبا بمخالفة الثابت بالأوراق والفساد فى الاستدلال الذى ساقه إلى الخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٩٣١٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٠/١٢/١٩٩٦)

٢- " إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهما الأولين قد قبلا بعد صدور الحكم الابتدائى وفاء الطاعن لباقي الثمن فى ١٣/١/١٩٩٠ نيابة عن المطعون ضده الثالث دون تحفظ وتمسك الطاعن بأن قبول للجهة الإدارية لذلك الوفاء مسقط لحقها فى طلب الفسخ فإن الحكم المطعون فيه إذ ليد قضاء الحكم الابتدائى المطعون ضدهما الأولين بفسخ البيع وبطلان التنازل على سند من أن قيام الطاعن بسداد باقى الثمن للجهة الإدارية المالكة لا يغير ما انتهى

إليه لتحقق الشرط الصريح للفاسخ وزوال البيع بأثر رجعى فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٤٦٠٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٧/٥)

٢- " وحيث إن هذا النعى غير مقبول ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن أعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه ، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطاً بالتأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له وتبين أن البائع أسقط حقه فى استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد أقساط الثمن فى مواعييدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبأً بذلك عن تنازله عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولاً ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد انتهى إلى رفض طلب الفسخ الاتفاقى على سند مما استظهره من تنازل الطاعن عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ لقبوله السداد بعد رفع الدعوى وهى دعامة صحيحة كافية لحمل قضائه ، ولم تتضمن صحيفة الطعن نعيّاً عليها. ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون

فيه فيما أورده من أن الإعذار السابق على رفع الدعوى بسداد الأقساط المتأخرة يعد تنازلا عن إعمال الشرط الصريح للفاسخ - أيا كان وجه الرأي فيه - يكون غير منتج " .

(طعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٥/٥/٢٠٠٤)

إنما لا تعتبر المطالبة بأجرة العين دالة على التنازل عن الفسخ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ على التأخر في دفعها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان العقد مشروطا فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخا بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمي أو تكليف بالوفاء ، وله الحق فى تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب للقاضى كل سلطة تقديرية فى صدق الفسخ ، ولا يبقى له فى اعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها . ولا يؤثر فى منلول هذا الشرط وأثره القانونى أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده، لأنه فى الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتضاره على طلب الإجرة فى

دعوى سابقة هو قول مردود ، لأن التنازل الضمى عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا عن أفعال لاشك فى أن قصد بها التنازل عنه . وليس فى المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخر فى دفعها .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ١٤ فى جلسة ١٨/١/١٩٤٥)

وعلم تمسك المؤجر باعتبار العقد مفسوخا طبقاً للشرط الصريح الفاسخ فى سنة معينة لا يمنع من التمسك به فى سنة تالية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان مؤدى ما أورده الحكم المطعون هو أن عدم تمسك المؤجرة باعتبار العقد مفسوخا طبقاً للشرط الصريح الفاسخ فى سنة معينة لا يمنع من التمسك به فى سنة تالية ، وأن قبولها الأجرة متأخرة عن موعد استحقاقها مرة عقب صدور قانون الامتداد ليس من شأنه أن يعد تنازلاً من جانبها عن التمسك بالشرط سالف الذكر إذا ما تأخر المستأجر فى السداد بعد ذلك ، فإن هذا من الحكم بعد استخلاصه سائغاً يؤدى إلى ما انتهى إليه ، ويكون النعى عليه بالفساد فى الاستدلال فى هذا الخصوص على غير أساس ."

(طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٣٥ فى جلسة ٣/٣/١٩٧٠)

وإذا اتفق على الشرط الفاسخ على أن يوجه الدائن إنذارا للمدين، فوجه الدائن هذا الإنذار ولكن للمدين لم يوف بالدين ، فإن هذا الإعذار لا يسقط حق الدائن في الفسخ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٣٤ من القانون المدني تقتضى أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع للثمن كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع للثمن بعد إعذاره بإنذار ما لم يعف للبائع بمقتضى للعقد من الإعذار . ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بإنذاره ، أى يكلفه الوفاء ، فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من إعمال خياره فى الفسخ . وإن فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح " .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٤٨)

ومجرد السكوت عن استعمال الحق في الفسخ فترة من الزمن
لايعتبر نزولا عن الحق :
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن كان مجرد السكوت عن استعمال الحق في طلب الفسخ
فترة من الزمن رغم العلم بقيام موجه لايعتبر نزولا عن الحق ،
إلا أنه إذا اتخذ صاحب الحق مع سكوته موقفا لاندع ظروف الحال
شكا في دلالاته على قصد النزول ، كان هذا تعبيرا ضمنيا عن إرادة
النزول عن الحق عملا بالمادة ٩ من القانون المدني " .
(طعن رقم ٦٩١ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٨)

٢٤٢- أثر التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح :

النزول عن الشرط الفاسخ الصريح يحرم الدائن من الإقادة من
أثره ، ولا يتبقى للدائن سوى الفسخ القضائي .
ويكون للقاضي سلطة تقديرية في الفسخ ، ويستطيع المدين
توقي الفسخ بالوفاء بالتزامه حتى صدور حكم نهائي بالفسخ ،
ويكون للقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة بالتفصيل الذي
نكرناه سلفا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن كان الاتفاق على أن يكون للعقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه
أو إنذار عند تخلف أحد طرفيه عن تنفيذ الالتزام الناشئة عنه من

شأنه أن يسلب للقاضي كل سلطة تقديرية في صدور الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد وجب أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني .

(طعن رقم ٩٣١٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٠)

٢٤٣- الطرد عند عدم الوفاء بالأجرة إعمالا للشرط

الفاسخ الصريح :

يختص القضاء المستعجل عند توافر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق بالحكم بطرد المستأجر من العين المؤجرة الخاضعة لأحكام القانون المدني للتأخير في نفع الأجرة عند وجود شرط صريح فاسخ في العقد ، ينص على فسخه عند التأخير في دفع الأجرة ، بمجرد قيام مخالفة للتقصير في الوفاء أمامه ، واستيفاء الشروط والإجراءات التي يكون قد اتفق على تعليق حصول الفسخ عليها . والسبب في اختصاص القضاء المستعجل في هذه الحالة هو أن المستأجر بقبوله الشرط الصريح للفاسخ مقدما يعتبر موافقا

ضمنا على تغيير صفة وضع يده على العين (عند تحقق الشرط) من يد مستأجر إلى يد غاصب يدخل في ولاية القضاء للمستعجل الحكم بطرده ، ويتوافر الاستعجال في هذه الحالة من الضرر الذي يلحق بحقوق المؤجر فيما يستجد من الأجرة إذا ظل للمستأجر واضعا اليد على العين بلا سبب أو صفة قانونية بعد حصول الفسخ بقوة القانون^(١).

٢٤٤- الطرد عند عدم الوفاء بالأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح في العقود الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن :

يثبت الاختصاص للقضاء للمستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن عند تحقق الشرط للفسخ الصريح إعمالا للقاعدة التي ذكرناها في البند السابق . ولا يقدح في ذلك ما نصت عليه المادة (١٥) من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، والمادة (٤٠) من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ من اختصاص المحكمة الابتدائية بالمنازعات الناشئة عن تطبيق هذين القانونين ، ذلك أن اختصاص محكمة ما ينظر نزاع معين

(١) الأستاذ محمد علي راتب وآخرين قضاء الأمور المستعجلة ج١ للطبعة السابعة ١٩٨٥ ص ٦٦٢ ومابعدا- للطرار في شرح أحكام الإيجار ص ٥١٨ ومابعدا .

لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر الشق المستعجل لهذا النزاع إذا ما توافر شرطاً اختصاصه^(١).
إلا أن هذه القاعدة لا تسرى على إطلاقها بالنسبة للأماكن الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن إذ يتمتع أعمال أحكام الفسخ الاتفاقى كلها لو بعضها متى اصطدمت بنص أمر، فالنص فى عقد الإيجار على الشرط الصريح الفاسخ جزاء للتخلف عن سداد الأجرة مع الإعفاء من الإعذار لايعفى المؤجر من واجب التكليف بالوفاء قبل رفع دعوى الإخلاء ، ولايحرم المستأجر من توقي الفسخ بالقيام بسداد الأجرة إلى ما قبل صدور الحكم النهائى^(٢).

وبهذا الرأى قضت محكمة النقض ، إذ جرى قضاؤها على :

١- " إنه وإن كان ما تجيزه الأحكام العامة فى القانون المدنى إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة ، وهو ما نصت عليه المادة ١٥٨ من ذلك القانون ، الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه،

(١) سليمان مرقس جـ ٢ الطبعة الثامنة ص ٧٣- راتب وآخرين ص ٦٦٣.
(٢) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ص ١١١٩ ومابعدا وراجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية جـ ٢ ص ٤٤٥ ومابعدا - وعكس ذلك راتب وكامل ص ٦٦٩ ومابعدا - مرقس جـ ٢ الطبعة الثامنة ص ٧٣ ومابعدا- الططار فى شرح أحكام الإيجار ص ٥٢٠ ومابعدا .

مما مؤداه وقوع الفسخ في هذه الحالة نفاذا لذلك الاتفاق بقوة القانون وحرمان المتعاقد بذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، وأفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - من ضمانتين ، إذ يقع الفسخ حتما دون أن يكون للقاضي خيار في أمره ، بل ويتحقق ذلك دون حاجة إلى التقاضي ما لم ينزع المدين في وقوع موجب الفسخ وإن كانت مهمة القاضي تقف في هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالالتزام ، يقرر اعتبار الفسخ حاصلا فعلا ، إنه وإن كان ذلك قائما في العقود الملزمة للجانبين وفقا للأحكام العامة في القانون المدني ، إلا أنه تحقيقا للتوازن بين أوضاع المؤجرين والمستأجرين للأماكن التي تسرى عليها أحكام القوانين الاستثنائية المنظمة للإيجار ، رأى المشرع التدخل بحكم أمر في حرية المؤجر في النص في العقد على الشرط الفاسخ الصريح في حالة التأخر في سداد الأجرة ، فنص في المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على أنه : " في غير الأماكن المؤجرة مفروشة لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية :

(أ) إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ تكليفه بذلك ... " ، على أنه لا يحكم بالإخلاء

إذا قام المستأجر بأداء الأجرة وفوائدها ... والمصاريف الرسمية، وذلك قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى ... " فدل بذلك على أنه - وإن لم يصادر حق المتعاقدين في الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح في عقد الإيجار - إلا أنه أورد عليه قيوداً منها ما يتصل بعدم إعمال الأثر الفوري لهذا الاتفاق وذلك بما أوجبه على المؤجر من تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة خلال مدة معينة ، ومنها ما يتعلق بتفادي الأثر المترتب على الاتفاق وذلك بما أجازة للمستأجر من توقي الإخلاء بأداء الأجرة وفوائدها والمصاريف قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى ، وعلى ذلك فإنه إذا ما قام المؤجر بواجبه ولم يستعمل المستأجر للرخصة المخولة له تحقق للشرط الفاسخ آثاره ."

(طعن رقم ٧٠٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٣٠ - ذات

المبدأ طعن رقم ١٠٧٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٩)

٢- " يشترط لإعمال الشرط الصريح الفاسخ ألا يتعارض مع نص قانوني متعلق بالنظام العام بما يبطله ، وإذا كان النص في المادة ١/٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على أن للمؤجر أن يطلب إخلاء المستأجر " إذا لم يحم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه بدون مظروف ، أو بإعلان على يد محضر، على أن

لا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر بأداء الأجرة وفوائدها بواقع ٧% من تاريخ الاستحقاق حتى تاريخ السداد والمصاريف الرسمية وذلك قبل إقفال باب للمرافعة فى الدعوى " متعلقا بالنظام العام فيبطل الشرط الصريح الفاسخ فيما يخالفه بحيث لا يعتبر المستأجر مقصرا فى سداد الأجرة بما يجيز اعتبار العقد مفسوخا وإخلاءه إلا إذا لم يوف بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه بسدادها على النحو المبين بالنص ، ومن ثم فلا يقع الفسخ ولا يحكم بالإخلاء إذا سدد الأجرة والفوائد والمصاريف قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى المرفوعة لإخلائه وإذا كان العقد متضمنا لشرط صريح فاسخ فيبطل ولا يعمل به فيما لا يوافق حكم النص كما سلف البيان سواء كانت الدعوى مرفوعة إلى القضاء الموضوعى أو المستعجل إذ أن الشرط الصريح الفاسخ لا يتحقق إلا بتحقيق مقتضاه فإن كان المقتضى هو التأخير فى سداد الأجرة تعين أن يكون بالمعنى الذى وضعه الشارع والمسابق إيضاحه " .

(طعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٥ - غير منشور

- ذات المبدأ طعن رقم ٧١٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٢/٨)

٣- " لئن كانت الأحكام العامة فى القانون المدنى ، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة وما نصت عليه المادة ١٥٨ منه تجيز فى العقود الملزمة للجانبين الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه

بما يؤدي إلى وقوع الفسخ في هذه الحالة نفاذا لذلك الاتفاق بقوة القانون وحرمان المتعاقد بذلك من ضمانتين إذ يقع الفسخ حتما دون أن يكون للقاضي خيار في أمره - بل ويتحقق ذلك دون حاجة إلى التقاضي ما لم ينازع المدين في موجب الفسخ - وإن كانت مهمة القاضي تكف في هذه الحالة عند التحقق من عدم الوفاء بالالتزام ليقرر اعتبار الفسخ حاصلًا فعلا - إلا أنه تحقيقا للتوازن بين أوضاع المؤجرين والمستأجرين للأماكن التي تسرى عليها أحكام القوانين الاستثنائية المنظمة للإيجار، رأى المشرع التدخل بتعيين أسباب الإخلاء بأحكام أمرة ومعلقة بالنظام العام أوردتها على سبيل الحصر في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن بعده القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ مما مفاده أن المشرع وإن لم يصادر حق المتعاقدين في الاتفاق على الشرط الصريح للفاسخ في عقد الإيجار إلا أنه أورد عليه قيودا تتطلب لإعماله ألا يتعارض مع القواعد الموضوعية الأمرة في تلك القوانين الاستثنائية أو استيفاء القواعد اللازمة في هذه القوانين ، فلا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر متى كان خاضعا لأحكام التشريع الاستثنائي إلا لسبب من الأسباب المبينة بهذا التشريع - فإن كان عقد الإيجار قد تضمن شرطا صريحا فاسخا تعين أن يكون تحقق هذا الشرط وفق ما نص عليه التشريع الاستثنائي من ضوابط .

(طعن رقم ١٩١٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٤/٥/١٩٨٩)

٤- " تحديد أسباب الإخلاء بأحكام أمرة متعلقة بالنظام العام .
ورودها على سبيل الحصر فى القانونين ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦
لسنة ١٩٨١ . أثره . تضمن عقد الإيجار شرطاً صريحاً قاسخاً .
وجوب تحققه وفقاً لما نص عليه فى ذلك التشريع من ضوابط ."
(طعن رقم ١٨٥٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٤/٥/١٩٩٤ -
لم ينشر)

مادة (١٥٩)

فى العقود الملزمة للجائين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

الشرح

٢٤٥- انفساخ العقد بقوة القانون :

يتحقق انفساخ للعقد بقوة للقانون ، إذا أصبح تنفيذ التزام المتعاقد مستحيلا ، لسبب أجنبي ليس للمدين يد فيه ، إذ فى هذه الحالة تزول الالتزامات المتقابلة على المتعاقد الآخر بدورها وبقوة القانون. ويقال إن العقد قد انفسخ . والعلة فى هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، فلم يعد ثمة محل للمسئولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي ، فلم يبق إلا فسخ العقد ، ولا محل هنا للخيار بين التنفيذ والفسخ ، لأن هذا لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكنا ^(١). ولذلك فإن الفسخ يقع بقوة القانون.

(١) المدهورى ص ٥٩٨ ٥٩٨ - المستشار أنور العمروسي الدعوى المسماة فى القانون للمنى طبعة ٢٠٠٢ ص ١٦٨ .

فالانفساخ كالفسخ سبب لاحتلال العقد ، ولكنه يتميز عن الفسخ الذى هو جزاء لإخلال المدين بالتزامه ، فى أنه يجرى نتيجة كون التزام أحد المتعاقدين قد أصبح مستحيلا بسبب أجنبى .

ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع أحد المنتجين السينمائيين على أن يمثل فى رواية، ثم يموت أو يمرض مرضا يحول بينه وبين أن يؤدي دوره فى ميعاده . ومثال ذلك أيضا أن يؤجر شخص لآخر داره ، ويلتزم بالتالى بتمكينه من الانتفاع بها . ثم تهدم هذه الدار بزلزال ، أو تنزع ملكيتها للمنفعة العامة، فيستحيل على المؤجر الوفاء بالتزامه ^(١).

وسرى أنه مما يرتبط بهذا النص ما تقضى به المادة ٢١٥ مدنى من أنه : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض بعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لايد له فيه " .

وما تنص عليه المادة ٣٧٣ مدنى من أنه : " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبى لايد له فيه " .

٢٤٦- شروط الانفساخ :

يشترط لتحقيق الانفساخ توافر الشروط الآتية :

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٥٠ .

الشرط الأول :

أن يصير التزام العاقد مستحيلا :

وهذا يعنى أن يصبح تنفيذ التزام أحد العاقدين غير ممكن .
والمقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة الموضوعية المطلقة
التي تتعلق بالالتزام فى ذاته ومن حيث هو ، وليست الاستحالة
الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه ، شأن الاستحالة هنا ، شأن الاستحالة
المبتدأة التي تكون عند إبرام العقد ، والتي تؤدي ، كما رأينا فى
موضعه ، إلى بطلانه وعدم قيامه أصلا^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " المقصود بالاستحالة التي ينقضى بها الالتزام هو
الاستحالة المطلقة بطروء حالة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل
للملتزم بدفعه أو التحرز فيه " .

(ب) - " إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن
التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضى رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠
وأن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعا كآثر من آثار هذا
القانون ، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل للتذرع
بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ فإن ذلك يكون استخلاصا موضوعيا
سائغا لا رقابة لمحكمة النقض عليه " .

(طعن رقم ٤٤٦ لسنة ٢٢ قى جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٥١ وما بعدها - محمد كمال عبد العزيز
ص ١١٣١ .

٢-(أ) - " إذا كان الواقع فى الدعوى أن الشركة المطعون عليها كانت قد تعاقدت على تصدير كميات من القطن إلى بيووت التجارة الألمانية فلما قامت الحرب الأخيرة وترتب عليها قطع العلاقات التجارية والسياسية بين مصر وألمانيا وصدر الأمران العسكريان ٦ سنة ٣٩، ١٥٨ سنة ١٤٤١ - فى شأن الاتجار مع حكومة الريخ الألماني ورعاياه - فحالا دون تنفيذ هذه العقود ورتبا البطلان على كل ما يخالف أحكامهما، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قيام الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات وصدر للتشريعات الاستثنائية قوة القاهرة وسببا أجنبيا يستحيل معه تنفيذ هذه العقود فمضى بانفاساها ، فإن هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يتفق والقواعد القانونية الصحيحة ، ذلك أنه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بعد انعقاد العقد التبادلي لسبب أجنبى فإنه ينقضى واجب هذا الطرف فى تنفيذه وينفسخ العقد حتما وبقوة القانون ويعود كل طرف إلى حالته قبل التعاقد وذلك عملا بالأحكام العامة فى القانون التى أجملتها المادة ١٧٩ مدنى قديم والتى تطبق على العقود كافة " .

(طعن رقم ٩٩ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩/١١/١٩٥٩)

(ب) - " القول بأن تشريعات الحرب لم تفسخ العقود المبرمة مع رعايا الريخ الألمان التى لم تنفذ بعد وإنما قصدت وقف تنفيذها مؤقتا مع الإبقاء على كيانها ليس له سند يؤيده ، إذ جاءت عبارات

الأمران العسكريان ٦ سنة ٣٩ و ١٥٨ سنة ١٩٤١ فى حظر تنفيذ هذه العقود مطلقاً غير موقوتة ، وما كانت طبيعة الحرب لتدعو إلى التوقيت بأجل طال أو قصر وليس فى عرف القانون الدولى ما يناهض هذا النظر " .

(طعن رقم ٩٩ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩/١١/١٩٥٩)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبرى طارئ لا قبل للملتزم بدفعه أو توقعه ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنين على أن قرار لجنة مراجعة المباني بمحافظة بورسعيد الذى صدر بالعدول عن قرار هدم البناء القائم على الأرض المبيعة من شأنه أن يجعل الوفاء بالالتزام المطعون ضده بنقل ملكية المبيع مستحيلا لاستحالة مرجعها إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، لما كان ذلك وكان صدور مثل هذا القرار وإن أدى إلى عرقلة تنفيذ التزام البائع للوارد بالعقد بإزالة المباني القائمة على الأرض المبيعة وتسليمها خالية إلى المشتري فى الميعاد المتفق عليه إلا أنه لا يعتبر مانعا من قبيل الاستحالة المطلقة التى تجعل الالتزام بنقل الملكية ذاته مستحيلا إذ ليس فى القانون ما يحول دون أن ينقل البائع ملكية الأرض المبيعة إلى مشتريها دون المباني المقامة عليها ودون تسليمها " .

(طعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢)

و المراد بالالتزام الذى استحاله تنفيذه هو الالتزام الأساسى
النقضى من العقد ، دون الالتزام الثانوى أو التبعى . فاللتزام البائع
الأساسى هو نقل الملكية والتسليم ، واللتزام المشتري الأساسى هو
دفع الثمن .

وللتزام المؤجر الأساسى فى عقد الإيجار تسليم العين وتمكين
المستأجر من الانتفاع ، واللتزام المستأجر هو دفع الأجرة
والمحافظة على العين^(١) .

ولا أهمية لما إذا كانت استحالة أداء الالتزام هى استحالة
مادية ، كما إذا مات الممثل قبل أداء دوره فى الرواية ، أو مات
المريض قبل أن يباشر الطبيب علاجه ، أو تهدمت الدار المؤجرة
بزلازل ، أو كانت تلك الاستحالة قانونية . كما إذا التزم المحامى
برفع استئناف عن حكم معين ، ثم صدر قانون يجعل هذا الحكم
غير قابل للاستئناف .

على أن تقدير الاستحالة القانونية لأداء الالتزام الذى يترتب
عليها انقضاؤه وانفساخ العقد الذى أنشأه ، يعتبر من مسائل القانون
الذى تخضع لرقابة محكمة النقض ، بخلاف تقدير الاستحالة المادية
الذى يدخل فى رحاب الواقع ويكون لقاضى الموضوع فى شأنه

(١) السنهاورى ص ٥٩٨ هامش (٢) - المستشار أنور العمروسى لادعاوى
المسماة فى القانون المبنى طبعة ٢٠٠٢ ص ١٦٨ هامش (٢) .

القول الفصل ، طالما انبنى على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١-(أ) - " لايمنع قرار وزير الأوقاف رقم ١٩ لسنة ١٩٤٦ الصادر استنادا إلى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٣٦ بشأن لائحة إجراءات وزارة الأوقاف والذي ناط بالهيئة القضائية للوزارة القيام بجميع الإجراءات القانونية في القضايا التي ترفع منها أو عليها، من أن تعهد تلك الوزارة إلى غير هيئتها القضائية بالقيام بمثل هذه الأعمال، ومن ثم فليس في أولولة النظر على الوقف إلى وزارة الأوقاف ، بموجب القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣، وما يتبع ذلك من اختصاص الهيئة القضائية للوزارة بالقيام بالأعمال القضائية ، ما يعتبر في حكم المادة ٣٧٣ من القانون المدني ، قوة قاهرة يستحيل معها على المحامي المتعاقد مع الوقف - من قبل- القيام بالتزامه حتى يمكن القول- تبعا لذلك - بانقضاء التزام الوزارة المقابل بالوفاء بالأجرة إعمالا للمادة ١٥٩ من القانون المدني " .

(ب) - " متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية، فلن البحث في توافرها يعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٧ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٥٣ هامش (١) .

٢- " يشترط في القوة القاهرة أو الحادث المفجئ الذي يترتب عليه استحالة التنفيذ وينقضى به الالتزام عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه ، وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة القاهرة هو تكدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة ."

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٩)

ولانتوافر الاستحالة المطلقة من مجرد وجود مانع مؤقت من الوفاء العيني . إنما يترتب على هذا المانع المؤقت عدم تنفيذه في فترة الاستحالة أي مجرد وقف العقد ، على أن يعود تنفيذه عند زوال المانع ^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ بمظنة أنها من أموال أسرة محمد على ليس إلا حادثاً طارئاً يترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين - بصفة مؤقتة دون أن يتمخض عن استحالة قانونية دائمة تقضى إلى انقضاء هذه الالتزامات - وبزوال هذا الطارئ تسأنف الالتزامات المؤجلة

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٥١ وما بعدها - محمود جمال الدين زكي الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري الجزء الأول في مصادر الالتزام ١٩٦٨ ص ٢٠٢ - المستشار عزت حضوره سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات طبعة ١٩٩٤ ص ٢٣٨ .

سيرها ومن ثم لا يكون لذلك الطارئ من أثر على قيام العقد فى فترة التحفظ ويبقى العقد شريعة تحكم العلاقة بين الطرفين - فإذا كان الطاعنون (البائعون) قد أقاموا دعواها بعد رفع التحفظ وبعد أن استقرت العلاقة بين الطرفين بإيرام للعقد النهائى ، مطالبين المشتري بثمار المبيع على أنها من حقهم فإن استنادهم فى الدعوى إلى قاعدة الإثراء بلا سبب يكون غير صحيح فى القانون، ذلك أن الحق فى هذه الثمار أثر من آثار عقد البيع وهى للمشتري من وقت تمام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها إثراء بلا سبب " .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٧ قى جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠)

غير أن الاستحالة المطلقة قد تتوافر رغم وقتية المانع من الوفاء العينى وذلك فى الحالات التى يكون فيها الميعاد المحدد للوفاء مجل اعتبار ، ومن ثم فإن تجنيد العامل فى الميعاد المحدد لقيامه بالعمل، يعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فينفسخ العقد بمجرد تجنيد هذا العامل ، إلا أنه لا يمنع فى مثل هذه الحالة أن يتفق الطرفان على الإبقاء على العقد دون انفساخ وتأجيل تنفيذه إلى ما بعد انتهاء فترة للتجنيد^(١) .

(١) المستشار عزت حنوره ص ٢٣٨ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " من مقتضى القواعد العامة فى القانون المدنى أن الالتزام ينقضى إذا أصبح الوفاء به مستحيلا بسبب أجنبى لايد للمدين فيه، وأنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات للمقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، ولئن كان مقتضى تطبيق هذه القواعد على عقد العمل أن تجنيد العامل يعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا على العامل ، ومن ثم ينفسخ عقد العمل من تلقاء نفسه بمجرد تجنيد العامل، إلا أنه لامانع يمنع من اتفاق طرفي العقد على الإبقاء عليه ووقف نشاطه فى فترة التجنيد حتى إذا انتهت عاد إلى العقد نشاطه واستمر العامل فى عمله بتنفيذا لهذا العقد " .

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٥)

الشرط الثانى :

أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملة :

فإذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام جزئية ، فإن الانقضاء لايقع، وإنما يثبت للدائن الخيار بين أن يتمسك بالعقد فى حدود ما بقي ممكن التنفيذ من حقه نظير ما يتناسب معه من الالتزام المقابل ، وبين أن يطلب فسخ العقد برمته .

وإذا طلب الدائن هنا الفسخ ، جاز للمحكمة أن تعمل سلطتها التقديرية المنصوص عليها في المادة ٢/١٥٧ ، فلا تجيب الدائن إلى الفسخ ، إذا كان ما أصبح تنفيذه مستحيلا قليل الأهمية بالنسبة إلى التزامات المدين في جملتها . ولكن لايجوز للمحكمة هنا أن تنظر المدين إلى أجل ، إلا بالنسبة إلى ما بقي ممكن التنفيذ من التزامه^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٥٢ وما بعدها - ويذهب المستشار عزت حنوره ص ٢٣٨ وما بعدها إلى أنه مع تأييده لهذا القول ، يراه في حاجة إلى تأصيل وتحديد أوفى فيقول : " ذلك أن ليا من المادتين ١٥٩ و ٣٧٣ لم تشترط كمال الاستحالة ، إذ جاءت عبارة كل منهما في هذا الخصوص ، مطلقة ، بل إن المشرع لم يخص الاستحالة بمحل الالتزام ، وإنما جعل موضوع الاستحالة هو عدم الوفاء بالالتزام . ويدهى أن إمكان أداء بعض محل الالتزام لاينفي استحالة الوفاء بذلت الالتزام على النحو المتفق عليه . فما هو سند قصر الانقضاء التلقائي على الاستحالة الكاملة دون الجزئية ؟ وما هو مدى الكمال والنقض ؟

نرى أن الدين من نص المادة ٣٧٣ من قانون المدنى أنها تشترط لانقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ، أن يقوم المدين بإثبات هذه الاستحالة وأنها بسبب أجنبى لايد له فيه . بما مفاده أن هذا الانقضاء قد روعى فيه أنه لصالح المدين إذ يعفيه من ملاحقة الدائن له ، ليس فقط من مطالبته بالتنفيذ العيني ، وإنما أيضا من المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض . أى أن نجاح المدين في إثبات شرطى تلك المادة ، يحميه من رجوع الدائن عليه ، إذ يبرئه من التزامه بطريق إسقاطه بالزوال ، تبعا لبراءة ساحته من سبب عدم الوفاء . ولا ترى ثمة مبرر لو سند قانونى

يمنع هذه الحماية عن المدين في حالة جزئية الاستحالة طالما أنها بسبب أجنبي لا بد له فيه . فيجب - على الأقل - انقضاء التزامه بالنسبة فقط لما أصبح مستحيلًا تنفيذه من الالتزام . ولكن يحد من ذلك ما تقضى به المادة ١/٣٤٢ من أنه " لايجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه ... " وهو نص مقرر لمصلحة الدائن يتعارض مع فكرة الانقضاء الجزئي للالتزام . فكيف نعالج هذا التعارض ؟

يتمثل التعارض بين المصلحتين سالفتي الذكر ، في أن استحالة تنفيذ جزء من الالتزام لسبب أجنبي لا بد للمدين فيه ، يعطيه الحق في حمايته من مطالبة الدائن له بالتنفيذ بالنسبة لما استحال تنفيذه أو بمساعلته عن أي ضرر قد يلحق للدائن من عدم التنفيذ هذا . ولكن ذلك لا يضيء عليه - أصلا - ثمة حماية عن امتناعه عن تنفيذ ما بقي ممكنا من الالتزام . وفي الجانب الآخر لايجوز - أصلا - إجبار الدائن على قبول وفاء جزئي ، ومن ثم يحق له رفض الوفاء الجزئي . ويخلص من ذلك ، أن عدم وفاء المدين للقدر الذي استحال تنفيذه له أثر قانوني مقرر لحمايته بالنسبة لهذا القدر ، ولكن لا يحق له الامتناع بإرادته عن الوفاء بما ظل ممكنا تنفيذه . كما أن انقضاء هذا القدر من الالتزام يظل حقا خلاصا للدائن ، ولكنه لا يجبر عليه ، أي أن قبوله رخصة له إن شاء استعملها وإن شاء عزف عنها . فإذا أراد التمسك بحقه في تنفيذ التزام المدين في حدود ما بقي ممكنا ، لم يكن لهذا المدين أن يمتنع عن الوفاء به بل يجبر عليه ، مع قصر الالتزام المقابل على الدائن بقدر ما نقص من التزام المدين . ولا يحق للدائن مساعلة المدين عن عدم وفائه بالقدر الذي استحال تنفيذه ، وإنما يسأل المدين تعويض الدائن عن الأضرار الناشئة عن امتناعه عن إجابة طلب الدائن الوفاء بالقدر الذي بقي ممكنا . أما إذا اختار الدائن رفض الوفاء الجزئي ، فإن يكون له طلب امتداد الفسخ للعقد برمته

الشرط الثالث :

أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد :

أما إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام قبل انعقاد العقد ، فإن هذا العقد لا يكون قد انعقد أصلا ، ويضحي باطلا لاستحالة محله^(١)، كما رأينا سلفا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع موضوع النزاع والتسليم على أن الطاعن أخل بالبند السابع منه بتجزئة قطعة الأرض محله وذلك ببيعه نصف هذه المساحة لآخرين واستدل على ذلك بعقد بيع صادر من الطاعن لآخرين بتاريخ ١٩٨٠/١١/١ مع أن ذلك العقد سابق في تاريخه ووجوده على العقد موضوع النزاع فإنه يكون قد رتب جزاء للفسخ على تصرف سابق على وجوده واعتبره إخلالا بشروطه بما يصلح سنداً لفسخه

تأسيسا على عجز المدين عن الوفاء بالترامه كاملا . ولما كان هذا العجز لايد للمدين فيه ، فإنه لايسأل عن تعويض الدائن مهما كان الضرر الذي أصابه من الفسخ "

(١) حلمي بهجت بدوى ص ٤٦٩ هامش (١) .

مع أن الإخلال بالالتزام لا يكون إلا تاليا لوجوده على نحو مخالف لشروطه مما يعيب الحكم بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال " .

(طعن رقم ١١٣١ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٦)

الشرط الرابع :

أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة لسبب أجنبي عن المدين:

يشترط أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب أجنبي عن المدين لايد له فيه . أما إذا كانت الاستحالة ناشئة بسبب يعزى إلى المدين ، فإن العقد لاينفسخ ، ويبقى التزامه قائما، وإن استحال إلى تعريض لتعذر الوصول إلى تنفيذه عينا .

وتكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب أجنبي عن المدين لايد له فيه ، إذا كانت ناشئة عن قوة قاهرة أو عن خطأ الدائن سواء كان الخطأ عملا إيجابيا أو سلبيا ، كما يلحق بخطأ الدائن الخطأ الذي يقع ممن هو مسئول عن أفعاله كالتابع والخاضع لرعايته ، إذ لايعتبر هذا أو ذاك من طائفة الغير بالنسبة للدائن في هذا الخصوص .

ويتوافر السبب الأجنبي أيضا متى كانت الاستحالة ناشئة عن فعل الغير ، أي غير المدين . فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ

فعل الغير ، أى غير المدين . فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ الغير ، انقضى التزام المدين وانفسخ العقد ، وقامت مسؤولية تقصيرية قبل هذا للغير لتعويض المضرور من هذا الانفساخ أما إذا كان فعل الغير لا ينطوى على خطأ من جانبه ، فإنه لا يؤدي إلى انفساخ العقد إلا إذا توافرت في هذا الفعل شرائط الحادث الفجائي . ذلك أنه إذا كان فعل الغير مشروعاً وكان متوقعاً أو كان ممكناً توقيه أو درء نتيجته ، ظل التزام المدين قائماً واجب الوفاء عن طريق التنفيذ بمقابل بعد أن استحال التنفيذ العيني .

وأخيراً قد يتحقق السبب الأجنبي بواقعة لا ترجع إلى فعل أى شخص ، ولا تتوافر لها شرط عدم التوقع ، كما لو مرض المدين فاستحال عليه الوفاء بالتزام القيام بعمل كالغناء أو التمثيل أو إلقاء محاضرة ، فينقضى التزامه وينفسخ العقد لاستحالة التنفيذ رغم أن المرض أمر متوقع وكثير الحوادث .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- الفسخ يعتبر واقعاً في العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه ويكون التنفيذ مستحيلاً على البائع بخروج المبيع من ملكه ، كما

يعتبر الفسخ مطلوباً ضمناً في حالة طلب المشتري رد الثمن تأسيساً على إخلال البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع إليه ، وذلك للتلازم بين طلب رد الثمن والفسخ .

(طعن رقم ١٠٠٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١١)

٢- الفسخ القانوني يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له .

(طعن رقم ١٩١٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢)

٣- " إذا كان الثابت أن طلب الشقيقتين أخذ عقار النزاع بالشفعة في الدعوى رقم لسنة ١٩٧٨ مدنى الفيوم قد تحدد بعقد البيع الصادر من المالكة الأصلية للعقار إلى الطاعن وليس بعقد البيع الثانى المؤرخ ١٩٧٨/١١/١٧ الصادر من الأخير إلى المطعون ضدهما فإنهما يكونان خارجين عن الخصومة فى دعوى الشفعة ولا يعتبران طرفاً فيها فلا تتصرف إليهما آثار الحكم النهائى الصادر فيها بثبوت الشفعة فيما ترتبه من حلول الشفع قبل البائع محل للمشتري فى جميع حقوقه والتزاماته بما فيها التزامه بدفع ثمن العقار المشفوع فيه إلى البائع إذا لم يكن قد قبضه أو إلى المشتري إذا كان قد أداه ، إذ المقصود بهذه الآثار هو عقد البيع الأول الذى باعت بموجبه المالكة العقار إلى الطاعن واستند إليه الشفيعان فى

حق الشفعة وصدر الحكم النهائي لها بذلك فى دعوى الشفعة على أساسه . لذا فغير صحيح فى القانون قول الطاعن بطول المطعون ضدهما محله فى اقتضاء الثمن الذى أودعه الشفيعان خزانة المحكمة على نمة دعوى الشفعة ، لما كان ذلك ، وكان يترتب على الحكم النهائي الصادر فى دعوى الشفعة والذى يعتبر سنداً لملكية الشفيح تعلق حق ملكية المحكوم لهما بالشفعة بعقار النزاع واستثنائهما به مما يحول بين الطاعن وبين تنفيذ التزامه بنقل ملكية هذا العقار الناشئ عن عقد البيع الصادر منه إلى المطعون ضدهما بتاريخ ١٧/١١/١٩٨٧ فيصير هذا الالتزام مستحيلاً باستحقاق الشفيعين العقار المبيع بالشفعة " .

(طعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢١)

٤- " لما كان تنفيذ الطاعن بصفته كبائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً قد صار غير ممكن لعدم صحة إجراءات البيع التى نص عليها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ آنف الذكر ، ولوروده على شئ غير قابل للتعامل فيه بالبيع بما يكون معه طلب للمطعون ضده الحكم بصحة ونفاذ عقده متعين الرفض " .

(طعن رقم ٢٢٦٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢١)

٢٤٧- وقوع الانفساخ من تلقاء نفسه :

إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضى طبقا للمادة ٣٧٣ مدنى وينفسخ العقد من تلقاء نفسه عملا بالمادة ١٥٩ مدنى ولا حاجة هنا إلى الإعذار ، فالإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ ممكنا ، كما لا توجد هناك حاجة لصدور حكم قضائى بالفسخ ، فالعقد ينفسخ بقوة القانون .

على أن ذلك لا يمنع من إمكان تدخل القضاء إذا ما ثار نزاع بين المتعاقدين حول ما إذا كان ثمة سبب أجنبي مؤد إلى انقضاء الالتزام وتبعاً لانفساخ العقد ، إذ فى مثل هذه الحالة للقضاء أن يتدخل ليقرر ما إذا كان العقد قد انفسخ . أم مازال قائماً . وإذا صدر حكم بالفسخ هنا فإن هذا الحكم يكون مقرراً لا منشئاً للفسخ .

٢٤٨- تحمل التبعة عند انفساخ العقد :

فى العقد الملزم للجانبين ، إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، فإن تبعة هذه الاستحالة تقع على عاتق المدين بهذا الالتزام . وذلك لأنه لا يستطيع أن يطالب الدائن بالالتزام الذى يقابله وإذا كان قد أداه فله أن يطالب استرداده، فتقع الخسارة عليه فى

النهاية . فلو أن المبيع هلك بسبب أجنبي في يد البائع قبل تسليمه إلى المشتري فإن البائع ، وهو المدين بالتسليم ، هو الذى يتحمل تبعه هذا الهلاك . وأساس هذا الحل فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن التزام الطاعن وهو البائع بنقل ملكية السيارة المبيعة قد صار مستحيلا بسبب تأميم شركة الطاعن تنفيذا للقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٣ ، فإنه يكون قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع إلى سبب أجنبي ، ووقوع الاستحالة لهذا السبب الأجنبي لا يعفى الطاعن من رد الثمن الذى قبضه ، بل إن هذا الثمن واجب رده فى جميع الأحوال التى يفسخ فيها العقد أو يفسخ بحكم القانون وذلك بالتطبيق لنص المادة ١٦٠ من القانون المدنى ويقع الغرم على الطاعن نتيجة تحمله التبعة فى انقضاء التزامه الذى استحال عليه تنفيذه " .

(ب) - " إن حق المشتري فى استرداد الثمن من البائع فى حالة فسخ البيع يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير حق ، وقد أكدت

(٢) مسير عبد السيد تناغو ص ١٩٦ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٥١ - محمود جمال الدين زكى ص ٢٠١ .

المادة ١٨٢ من القانون المدني هذا المعنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للتعلم زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه في عقد فسخ بعد ذلك ، إلا أنه في حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية - بسبب تأميم وحدة سيارات البائع تنفيذاً للقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٣ فإن الثمن لا يقضى به في هذه الحالة إلا كائن من الآثار المترتبة على فسخ العقد أو انفساخه طبقاً للمادة ١٦٠ من القانون المدني التي تقضى بأنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد .

(طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

٢- " عقد البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ، ويترتب على الانفساخ - ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، ويحمل تبعه الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين ولما كان الحكم قد أثبت أن التعلم موروث الطاعنين نقل ملكية العقار المبيع للمطعون عليه قد صار مستحيلاً

بسبب استيلاء جهة الإصلاح الزراعى عليه تنفيذاً لحكم القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ - بتحديد الحد الأقصى للملكية الزراعية للفرد بما لايزيد على مائة فدان - فإنه يكون بذلك قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع لسبب أجنبى .

(طعن رقم ١١٩ لسنة ٤٣ قى جلسة ١٩٧٧/٤/٥)

٣- " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن عقد البيع يفسخ حتماً من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين بسبب أجنبى ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد ويحمل تبعه الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين . إذ كان ذلك وكان الحكم الابتدائى الذى أحال الحكم المطعون فيه إلى أسبابه قد انتهى إلى هذه النتيجة حين ذهب إلى أن استحقاق الغير لعقار النزاع بالشفعة يقتضى فسخ عقد البيع الصادر بشأنه من الطاعن وبالتالي فإنه يلزم برد الثمن إلى المطعون ضدهما بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدنى ، وكان ما استخلصه سائفاً له أصله الثابت من الأوراق ومؤيداً إلى ما انتهى إليه ولا مخالفة فيه للقانون ، فإن للنعى على الحكم للمطعون فيه يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ قى جلسة ١٩٩٠/٦/٢١)

٢٤٩- هل يقع الانفساخ فى العقد الملزم لجانب واحد ؟

يلاحظ أن المشرع لم يعرض إلا لانفساخ العقد الملزم للجانبين، وذلك فى المادة ١٥٩ ، فهو لم يعرض أصلا لانفساخ العقد الملزم لجانب واحد.

ومع ذلك فإن الانفساخ يرد على العقد الملزم لجانب واحد ، كما يرد على العقد الملزم للجانبين، وذلك بخلاف الفسخ الذى لا يتصور وروده إلا فى خصوص العقد الملزم للجانبين .

غير أنه فى العقد الملزم لجانب واحد ، إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى ، فإن الذى يتحمل تبعه هذه الاستحالة هو الدائن . وذلك لأنه لا يستطيع أن يطالب المدين بشئ ، وليس فى نمته التزام يتحلل منه فى مقابل تحلل المدين من التزامه، فيتحمل الخسارة فى النهاية . فإذا كانت هناك وديعة بغير أجر ثم هلكت عند المودع لديه بسبب أجنبى فاستحال عليه ردها ، تحمل المودع وهو الدائن تبعه هذا الهلاك ^(١).

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين والدائن هو الذى يتحملها فى العقود الملزمة لجانب واحد .

(١) السنهاورى ص ٥٩٩ - المستشار أنور العمروسى ص ١٦٩ - رمضان أبو السعود وهام محمد محمود فى المبادئ الأساسية فى القانون ١٩٩٥/١٩٩٦ ص ٥٣٠ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" يبقى بعد ذلك أن الفسخ للقانونى وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه . فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه ولهذه العلة يفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضى بل وبغير إعدار ، متى وضحت استحالة التنفيذ وضوحا كافيا . على أن التراجع إلى القضاء قد يكون ضروريا ، عند منازعة الدائن أو المدين فى وقوع الفسخ . بيد أن موقف القاضى فى هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلا ، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون ، ثم يقضى بالتعويض أو يرفض القضاء به ، تبعا لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب أجنبى لا يد له فيه " (١).

٢٥٠- آثار انفساخ العقد :

إذا انفسخ العقد بحكم القانون ، ترتب على انفساخه ما يترتب على فسخه بحكم للقاضى أو بحكم الاتفاق ، فبعد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد (م ١٦٠) .

أى أن الانفساخ يكون بأثر رجعى مع مراعاة ما ذكرناه من انتفاء الأثر الرجعى فى عقود المدة . ومع عدم الإخلال بالحماية القانونية من الانفساخ المقررة للغير حسن النية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٢٨ .

غير أن الدائن هنا لا يستحق تعويضا عما يناله من ضرر بسبب تقويت الصفقة ، لأن استحالة التنفيذ لا ترجع إلى خطأ المدين . وبهذا يتميز الانفساخ عن الفسخ ، الذى لا يحول دون حق الدائن فى التعويض عن الضرر الذى يربيه له ، جزاء لتقصير المدين فى الوفاء بالتزامه (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة يعد هلاكاً كلياً يترتب عليه انفساخ العقد بقوة القانون لانعدام المحل ولا يجوز للمستأجر فى هذه الحالة أن يطالب المؤجر بتعويض وهو ما تقضى به الفقرتان الأولى والثالثة من المادة ٥٦٩ من القانون المدنى وإذ كان النابست فى الدعوى أنه صدر قرار وزارى بنزع ملكية العمارة التى كان يستأجر المطعون عليه الأول شقة فيها فإنها تعد فى حكم الهالكه هلاكاً كلياً وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، ويكون الحكم للمطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون إذ اعتبر الطاعنة (المؤجرة) قد أخطأت بإخلاء المطعون عليه الأول من الشقة التى كان يسكنها وقضى له بالتعويض على هذا الأسس " .

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/١٢)

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٠٨ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٥٩ -

الأستاذ عبد المنعم حصى الموجز فى النظرية العامة للالتزام طبيعة

١٩٩١ ص ٧٢ .

٢٥١- هلاك محل الالتزام وتختلف شئ آخر :

قد يهلك محل الالتزام ويختلف شيئا آخر وراءه ومثل ذلك تهدم المنزل المبيع أو احتراقه قبل تسليمه إلى المشتري أو قبل انتقال ملكيته إليه لعدم تسجيل العقد ، ويتخلف وراءه أنفاض أو حق فسى التعويض أو فى مبلغ التأمين . غير أن هذه المسألة لم يتناولها الفقه أو القضاء وإنما سار القضاء على الحكم بوقوع الانفساخ فى الحالة التى نحن بصدها ، تأسيسا على استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبى عن المدين ، دون أن يتطرق أصلا إلى البحث عما إذا كان هلاك الشئ الذى أدى إلى استحالة التنفيذ قد خلف وراءه شيئا أم لم يخلف^(١).

ويعال البعض مسلك القضاء بأن الحق الذى خلفه هلاك محل الالتزام ، فى الدعاوى التى عرضت عليه ، لم يصل من الأهمية إلى حد يسعى الدائن إلى أن يستأثر به بديلا عن الشئ الذى ورد التزامه فى الأصل عليه فيعترض على حصول الانفساخ^(٢).

(١) نقض طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ - طعن رقم ١٨٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/١٣ - طعن رقم ١٩٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٥ - طعن رقم ٥٦٨ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١ وقد قضت هذه الأحكام بانفساخ عقد بيع أرض زراعية تأسيسا على استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب استيلاء الدولة على الأرض للمباعة إعمالا لقانون الإصلاح الزراعى .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٥٥ .

ولكن المسألة ثارت في الكويت في حالة نزع ملكية العقار المبيع قبل تسجيل البيع بسبب أن الدولة هناك تدفع مقابل سخي للاستملاك بحيث جرت عادة الكويتيين إلى أن يسعوا هم لدى السلطات في أن تستملك أراضيهم . وقد ثارت تلك المسألة في خصوص تحديد من يثبت له مقابل استملاك العقار المبيع بعقد غير مسجل . أهو المشتري أم البائع . وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بانفساخ البيع في الحالة التي نحن بصدها وبأحقية البائع في مقابل الاستملاك تأسيسا عليه . وذلك برغم أن المشتري كان قد تمسك بعدم الانفساخ ، فأنعنا بمقابل الاستملاك ومكتفيا به بدل العقار المشتري^(١).

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني ينص في المادة ٢٨٣ على أنه : " في الالتزام بنقل حق عيني ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج عن التعامل ، لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء " .

إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة " لأن الحكم الذي نصت عليه حكم تفصيلي " ^(٢).

(١) تمييز الكويت طعن رقم ١٩٧٩/١٢٢ تجارى جلسة ١٩٨١/١/٢٣ مشار إليه في مؤلف عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٥٥ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥١٩

ويتجه رأى فى الفقه إلى أنه إذا ارتضى الدائن أن يأخذ ما خلفه هلاك محل الالتزام استيفاء لحقه ، فلا يمكن القول بأن الالتزام بات مستحيلا ، وأن العقد بالتالى قد انفسخ . كما أنه يمكن دعم ذلك بفكرة الحلول العينية ، فما يخلفه الشيء إثر هلاكه يحل محله ، بحيث أنه إذا اقتنع الدائن به استيفاء لحقه فإن التزام المدين يعتبر ممكنا فى أدائه لا مستحيلا فلا يفسخ العقد ^(١).

٢٥٢- لا يمنع انفساخ العقد من المطالبة بالتعويض :

جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه : " ... فإذا تحقق من ذلك (القاضى) يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون ، ثم يقضى بالتعويض أو برفض القضاء به ، تبعا لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب أجنبي لا يد له فيه " - وعبارة " راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره " ، الواردة بالمذكرة غير صحيحة ، لأنها تفترض أن الاستحالة التى يفسخ بها العقد قد تكون راجعة إلى خطأ المدين ، والصحيح أن الاستحالة لا يفسخ بها العقد من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي .

بينما الاستحالة إذا رجعت إلى تقصير المدين كان للدائن مطالبة بالتعويض إما على أساس المسؤولية العقدية وفى هذه الحالة يبقى العقد قائما وإما أن يطالبه بفسخ العقد مع التعويض ^(٢) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٥٦ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ٥٩٦ الهامش محمد كمال عبد العزيز ص ١١٣٨ وما بعدها .

غير أنه يمكن تفسير ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى بأنه إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه بدون مبرر ، حتى وقع السبب الأجنبى الذى أدى إلى استحالة تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد ارتكب خطأ يستوجب مطالبته بالتعويض .

وقد تهنئت محكمة النقض العبارة المذكورة فى بعض أحكامها إذ قضت بأن :

١- " ينفسخ حتماً عقد البيع باستحالة تنفيذه . يستوى فى ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشتري أو بتقصير البائع . ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمنيات من أحد المتعاقدين على الآخر . فإذا كان المشتري قد أنذر البائع له وكلفه الحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التعاقد بينهما ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمى قابل للتسجيل ، وبسبب مطال المدعى عليه وتسويفه لم يحكم نهائيا للمدعى إلا بعد نزاع ملكية المبيع جبرا ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتهن، فإن هذا يكفى لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاءا بعد تكليف المشتري للبائع رسميا بالوفاء بالتزامه مما ينفسخ البيع حتماً من تاريخ نزاع الملكية ، ويجعل البائع مسؤولاً عن النتائج التى ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن من التضمنيات . فلذا حكمت المحكمة فى هذه الحالة برفض طلب المدعى بالتضمنيات واسترداد

ثمن البيع استنادا إلى قيام إلى الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبرا من ملك البائع كان حكمها خاطئا متعينا نقضه " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/١٢/١٥)

٢- " يعتبر الفسخ واقعا في العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه ، ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع ، بخروج المبيع من ملكه ويجعله مسئولا عن رد الثمن ، ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمنينات إذا كانت الاستحالة بتقصيره . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد جعل الطاعنة (البائعة) مسئولة عن رد الثمن بسبب استحالة التنفيذ بعد انتقال ملكية الأطلان المبيعة إلى الغير بعقد البيع المسجل ، ثم رتب على فسخ البيع إلزام البائع برد الثمن ، فإن الحكم يكون مقاما على أسباب تكفى لحمل قضائه ، ولا عليه إن هو أغفل الرد على ما تمسكت به الطاعنة (البائعة) في دفاعها من عدم جواز مطالبتها بالثمن قبل طلب الفسخ " .

(طعن رقم ٣٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/٦/٣)

مادة (١٦٠)

إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض .

الشرح

٢٥٣- تحقق أثر الفسخ أيا كان نوع الفسخ :

يتحقق أثر الفسخ المنصوص عليه بالمادة ، على أنواع الفسخ جميعا ، أى سواء كان الفسخ قضائيا أو اتفاقيا أو قانونيا .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويترتب على الفسخ ، قضائيا كان أو اتفاقيا ، انعدام العقد انعداماً يستند أثره ... إلخ " (١).

٢٥٤- أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين :

يقرر النص الأثر الرجعى للفسخ ، ومقتضاه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، واعتبار العقد كأن لم يكن .
ويترتب على ذلك ، أنه إذا كان العقد الذى تقرر فسخه لم ينفذ شئ منه فلا يلتزم أى من المتعاقدين بشئ نحو الآخر .
وإذا كان العقد قد نفذ جزء منه وجب أن يرد كل من المتعاقدين إلى الطرف الآخر الأداء الذى قبضه منه .
فإذا كان العقد بيعا تعين على المشتري أن يرد للمبيع الذى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٢٩ .

تسلمه إلى البائع ، وتعين على البائع أن يرد الثمن الذي قبضه إلى المشتري، وهذا وذاك فضلا عن الفوائد والثمار^(١).

ولكن إعمال الفسخ لا يتوقف على الرد لأن الرد نتيجة للفسخ .
ويكون الرد على أساس قاعدة استرداد ما دفع بغير حق عملا بالفقرة الأولى عن المادة ١٨١ مدني التي تقضى بأن : " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده " .

وما تقضى به المادة ١٨٢ مدني من أنه : " يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق " .
ولا يقضى بالرد بغير طلب سواء في دعوى الفسخ أو في دعوى تالية .

وإذا استحال الرد بخطأ صاحب الشأن حكم عليه بالتعويض .
وفقا للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق وليس للمسئولية العقدية ،
لأن العقد بعد فسخه لم يعد له وجود ، ولا يصلح أساسا للحكم بالتعويض^(٢) . ويعتبر العقد هنا واقعة مادية^(٣) .

وللدائن الذي طلب الفسخ وأجيب إلى طلبه ، أن يطلب زيادة على ذلك الحكم له بالتعويض عما أصابه من ضرر إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعا إلى خطئه سواء عن عمد أو إهمال .

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٠٥ - سمير عبد السيد تناغو ص ١٩١ .

(٢) سمير عبد السيد تناغو ص ١٩٢ - عبد المنعم الصده ص ٤٠٦ .

(٣) المنهوري ص ٥٨٥ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويترتب على الفسخ ، قضائيا كان أو اتفاقيا أو قانونيا ، انعدام العقد انعداماً يستند أثره ، فيعتبر كأن لم يكن . وبهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد ، بعد أن تم فسخه .

وإذا أصبح الرد مستحيلا وجب التعويض على الملمزم ، وفقا للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " فى حالة القضاء بالفسخ تترتب الآثار التى نصت عليها المادة ١٦٠ من القانون المدنى وهى أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه " .

(طعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ قى جلسة ١٥/٨/١٩٦٧)

٢- " الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الأسمى ، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام ، فإذا سقط الالتزام الأسمى بفسخ العقد ، سقط معه الشرط الجزائى فلا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه ، فإن استحق تعويض للدائن ، تولى القاضى تقديره وفقا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٢٩ .

للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن".

(طعن رقم ٣٤٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥)

٣- " يترتب على الانقضاء ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحال التي كانا عليها قبل العقد ، فيرد المشتري المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه ، ويرد البائع الثمن وفوائده . وإذا كان الثابت أن المطعون عليهما قد أقاما دعواهما طالبين الحكم بفسخ عقد البيع الصادر لهما من المرحوم الذي يمثل الطاعن ، لاستيلاء الإصلاحي الزراعي على الأطيان موضوع العقد في يونيه سنة ١٩٥٨ اعتباراً من أول نوفمبر سنة ١٩٥٥ ويتعويضهما عن الأجرة التي دفعاها إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي عن المدة من سنة ١٩٥٥ حتى سنة ١٩٥٨ ، وكان يترتب على هذا الاستيلاء انقضاء العقد حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة نقل الملكية إليهما ، فإنه يكون عليهما وقد انفسخ العقد أن يرد الثمار إلى البائع عن المدة السابقة على استيلاء الإصلاحي الزراعي على الأرض مقابل رد البائع ما عجل من الثمن وفوائده حتى تاريخ الاستيلاء ، أما بعد هذا الاستيلاء فإن وضع يد المطعون عليهما على الأطيان لا يكون مستنداً إلى أية رابطة تربطهما بالطاعن بعد أن انفسخ عقده ، وآلت الملكية للإصلاح

الزراعى بحكم القانون الأمر الذى يترتب عليه قيام علاقة جديدة بين المطعون عليهما والإصلاح الزراعى من تاريخ الاستيلاء ، ولا شأن للطاعن بالأطيان مادام أنه لا خلاف فى أن المطعون عليهما الأولين هما اللذان كانا يضعان اليد عليها فى المدة من أول نوفمبر سنة ١٩٥٥ حتى آخر أكتوبر سنة ١٩٥٨ ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليهما ضد الطاعن بمبلغ ... تعويضا عن أجرة الأطيان المستحقة للإصلاح الزراعى فى المدة المذكورة التالية لانتفاخ العقد قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه ."

(طعن رقم ٥٦٨ لسنة ٣٩ فى جلسة ١٩٧٤/١١/٢١)

٤- " متى كان الطاعن - البائع - قد أخل بالتزامه بتسليم البضاعة فيما عدا خمسين طنا ، وقضى تبعا بفسخ العقد فلا محل لأن يطالب الطاعن بالإبقاء على مقدم الثمن الذى استلمه بل يتعين عليه رده عملا بما تقتضى به المادة ١٦٠ من القانون المدنى من أن الفسخ يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه ، ولا يجوز للطاعن بالتالى أن يطالب بتكاليف إعداد البضاعة للتصدير وهو لم يقم بتسليمها " .

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٣٩ فى جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

٥- " النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه فى "العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو يفسخه مع التعويض إن كان له مقتضى " يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ . وإذا كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩/١/١٩٧٨)

٦- (أ) - " النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أنه يترتب على فسخ عقد البيع انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعة إلى البائع - بالحالة التى كانت عليها وقت التعاقد - وأن يرد على المشتري ما دفعه من ثمن " .

(ب) - " من المقرر أنه إذا هلك العين في يد المشتري سيئ النية فإنه يلتزم برد قيمتها وقت الهلاك وأن المشتري يعتبر سيئ النية إذا كان الفسخ قد ترتب بسبب آت من جهته " .
(طعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٨)

٧- " إذا كانت المادة ١٤ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ - بفرض رسم أولولة على التركات - تقضى بأن " يستبعد من التركة كل ما عليها من الديون والالتزامات إذا كانت ثابتة بمستندات تصلح دليلا على المتوفى أمام القضاء " ، وكان مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدني أن الفسخ يترتب عليه لتحلل العقد بأثر رجعي منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شيء إلى ما كان عليه من قبل وبالتالي فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المباعة إلى البائع وأن يرد الأخير ما قبضه عن الثمن ... ، وإذا كان الثابت بمدونات الحكم المطعون فيه ومن الصور الرسمية للأحكام النهائية الصادرة من محكمة طنطا الابتدائية بتاريخ فى الدعاوى مدنى كلى طنطا المرفقة بملف الطعن - أن المحكمة قضت فيها بفسخ عقود البيع الصادرة من مورث الطاعنين وبإلزام هؤلاء بأن يدفعوا من تركة مورثهم قيمة ما دفعه كل مشترك من ثمن - وجملة ذلك مبلغ ٥٠٨٥ جنيه و ٦٠ ملجم - فإنه يكون من حق الطاعنين طلب استبعاد المبلغ المشار إليه من أصول

الستركة باعتباره ديناً على المتوفى ثابت بأحكام قضائية نهائية ولايغير من ذلك أن أمر هذا الدين لم يعرض على لجنة الطعن لأن الأمر يتعلق بمسألة قانونية لايجوز الاتفاق على خلاف ما يقضى به القانون فى شأنها " .

(طعن رقم ١٤٨٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٦/١١/٣)

٨- " مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم للآخر ويقوم استرداد الطرف الذى نفذ التزامه ما سده للآخر من مبالغ فى هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الأمر الذى أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام زال سببه بعد أن تحقق ، لما كان ذلك وكانت المادة ٣/١٨٥ من القانون المدنى تلزم من تسلم غير المستحق ببرد الفوائد من يوم رفع الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ ألزم الطاعن بالفوائد اعتباراً من تاريخ قيد صحيفة الدعوى موضوع الطعن بقلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(ب)- " مقتضى انحلال العقد بأثر رجعى نتيجة للفسخ هو - وعلى ما سلف القول - أن يسترد كل متعاقد عين ما قدمه لا ما

يقابله ، ولازم ذلك أنه وقد فسخ العقد محل النزاع وملحقه لإخلال الطاعن بالتزاماته الناشئة عنهما فإنه يحق للمطعون ضدها استرداد ما دفعته إليه من مبلغ وبذات العملة المسددة بها أى بالدولارات الأمريكية وليس بما يعادلها من العملة المحلية ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضدها مبلغ ٩١٠٢٣٠ دولارا أمريكيا فلا تكون به حاجة إلى بيان سعر الصرف الذى يتم على أساسه تحويل المبلغ المقضى به إلى العملة المحلية لأن محل الإلزام هو ذات العملة الأجنبية وليس ما يقابلها وفى ذلك ما يكفى للتعريف بقضاء الحكم وينأى به عن التجهيل " .

(طعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦)

٩- " للدائن الذى أجيب إلى فسخ عقده أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعا إلى خطئه بإهمال أو تعدد وينبنى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وليس على أحكام المسؤولية العقدية ذلك أن العقد بعد أن يفسخ لا يصلح أساسا لطلب التعويض وإنما يكون أساسه هو خطأ المدين ، وتخضع دعوى التعويض الناشئة عنه لقواعد المسؤولية التقصيرية وللتقادم المسقط المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المبنى بانقضاء ثلاث سنوات من

اليوم الذى يعلم فيه المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه .

(طعن رقم ١٦٤٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٥)

١٠- " النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى على أنه " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز للحكم بالتعويض " . وفى المادة ١٨٢ منه على أنه يصبح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق . وفى المادة ١٨٧ منه على أن تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد مفاده أن فسخ العقد يترتب عليه انحلاله بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شئ إلى ما كان عليه من قبل ، وأن حق البائع فى استرداده للمبيع من المشتري يقوم تبعاً لذلك على أساس استرداد ما دفع بغير وجه حق ، ولا تكون المطالبة باسترداد المبيع أو بالتعويض عنه فى حالة استحالة رده كالأثر من الآثار المترتبة على الفسخ ممكنة إلا بعد التقرير به بحكم نهائى إذ من هذا التاريخ يبدأ سريان التقادم التقصير المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى .

(طعن رقم ١٠٣٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٨)

١١- " التسليم هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات
إذ العبرة فيه بحقيقة الواقع وإن خالف الثابت بالأوراق ومؤدى
نص المادة ١٦٠ من القانون المدني أنه إذا فسخ العقد سقط أثره بين
المتعاقدين واعتبر كأن لم يكن وأعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا
عليها قبل العقد وأن الرّيع يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار
المغتصب مقابل ما حرم من ثمار ويلزم به من ارتكب العمل غير
المشروع وهو الغصب وأن لمحكمة الموضوع سلطة تقصير عمل
الخبير ولها أن تأخذ بالتقرير كله أو أن تأخذ ببعض ما جاء به
واطراح البعض الآخر " .

(طعن رقم ٢٥٥١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٥)

١٢- (أ)- " يدل نص المادة ١٦٠ من التقنين المدني - وعلى
ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه يترتب على فسخ عقد
البيع انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه بحيث تعود العين المباعة
إلى البائع وأن يرد إلى المشتري ما دفعه من الثمن " .

(ب)- " المقرر أن ما يلزم كل طرف من أطراف العقد
المفسوخ برده إلى الآخر فى هذه الحالة إنما هو عين ما أعطى لا
ما يقابله مادام ذلك غير مستحيل " .

(طعن رقم ٤٤٥٦ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/٧/١٩)

١٣- " المادة ١٤٢ من القانون المدني تنص على أنه " في حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد " ، كما أن مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدني أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم للآخر ، ويقوم استرداد الطرف الذى نفذ التزامه ما سنده للآخر من مبالغ فى هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الأمر الذى أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدني بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق الخ " .

(طعن رقم ٣٩٤٢ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/١/٦)

٢٥٥- استثناء عقود المدة من الأثر الرجعى للفسخ :

تستثنى عقود المدة ، سواء العقود المستمرة أو العقود الدورية التنفيذ كالإيجار والعمل والتوريد، من الأثر الرجعى للفسخ لأن طبيعة هذه العقود تستعصى على فكرة الأثر الرجعى ، لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذى ينعقد عليه والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه .

وعلى ذلك فإن ما تم من العقد قبل الفسخ يبقى قائما محتفظا بآثاره ، فلا يفسخ العقد إلا بالنسبة إلى ما بقى منه بعد وقوع الفسخ ، ومن ثم تكون الأجرة المستحق عن المدة السابقة على تحقق شرط الفسخ الاتفاقى أو الحكم النهائى بالفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض ، فيضمنها امتياز المؤجر . والواقع أن الفسخ فى هذه العقود هو فى حقيقته إنهاء للعقد إلغاء له ، تميزا له عن الفسخ العادى أى ذاك الذى يزيل العقد بالنسبة للماضى والمستقبل على حد سواء ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا حكم القاضى بفسخ عقد الشركة فإن هذا الفسخ خلافا للقواعد العامة فى الفسخ لا يكون له أثر رجعى ، إنما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل ، أما قيامها وأعمالها فى الماضى فإنها لا تتأثر بالحل ، وبالتالي فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٦٠ من التقنين المدنى والتى توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد فى حالة فسخه مما يقتضى أن يرد كل منهما ما تسلمه من الآخر تنفيذا للعقد ، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد ، وعند خلوها من حكم خاص تتبع فى ذلك الأحكام الواردة فى المادة ٥٣٢ من القانون المدنى ومابعداها ، وقبل إجراء تصفية الشركة

(١) للمنهورى ص ٥٨٦ - عبد المنعم الصده ص ٤٠٦ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٤ ومابعداها .

لا يجوز للشريك أن يسترد حصته في رأس المال لأن هذه التصفية هي التي تحدد صافي مال الشركة الذي يجوز قسمته بين الشركاء، وتكون من ثم دعوى المطعون ضده في خصوص استرداد حصته في رأس مال الشركة قبل حصول التصفية غير مقبولة لرفعها قبل الأولن .

(طعن رقم ٢٨٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٢- " النص في المادة ١٦٠ من القانون المدني على أنه : " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد .. " قطعي الدلالة على الأثر الرجعي للفسخ ، وعلى شموله للعقود كافة ، إلا أنه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ - كالإيجار - أنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي ، لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذي ينعقد عليه ، والمتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه ، فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء في تنفيذه ، فإن آثار العقد التي أنتجها قبل الفسخ تظل قائمة عمليا ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض ، ولا يعد العقد مفسوخا إلا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هنا بمثابة إلغاء للعقد في حقيقة الواقع . "

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

٣- " من المقرر أن فسخ عقد الإيجار اتفاقاً أو قضاءً - بعد البدء في تنفيذه - وخلافاً للقواعد العامة لا يكون له أثر رجعي ، إذ يعتبر العقد مفسوخاً من وقت الاتفاق عليه أو الحكم النهائي بفسخه ، لأن طبيعة العقود الزمنية ومنها عقد الإيجار تستعصى على هذا الأثر ويبقى عقد الإيجار بالنسبة للمدة التي انقضت من قبل قائماً بحكم العلاقة بين الطرفين في شأن ادعاء أى منهما قبل الآخر بعدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد خلال تلك المدة باعتبار أن أحكام العقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هي وحدها التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه صحيحاً أو عند الإخلال بتنفيذه ، فلا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية ، لأن في ذلك إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عن عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءً بتأييد الحكم المستأنف على أن تعديل طلبات المطعون عليه يعتبر منه تسليماً بفسخ عقد الإيجار موضوع الدعوى ورتب على ذلك إعماله قواعد المسؤولية التقصيرية بدلاً من قواعد المسؤولية العقدية ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٧٤٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٢/١٠)

٤- " الحكم بفسخ عقد الشركة خلافا للقواعد العامة في الفسخ ليس له أثر رجعي وإنما تتحل الشركة بالنسبة للمستقبل ، أما قيامها وأعمالها في الماضي فإنها لا تتأثر به ، ومن ثم فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة ١٦٠ من القانون المدني التي توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ."

(طعن رقم ١١٩٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٠)

٥- " مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدني على توافر الأثر الرجعي للفسخ ، إلا إن المقرر بالنسبة لعقد الإيجار هو من عقود المدة فإنه يستصحب بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي ، لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذي ينعقد عليه والتقابل بين الالتزامات فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء في تنفيذه فإن آثار العقد التي أنتجها قبل الفسخ تظل قائمة عمليا ، ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض ، ولا يعد العقد مفسوخا إلا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله ، إلا أن الأمر يختلف إذا كان عقد الإيجار لم يتم تنفيذه ولم يتسلم المستأجر العين المؤجرة فإن تقاعس المؤجر عن تنفيذ التزامه بتسليم العين المؤجرة يوجب فسخ العقد متى طلب المستأجر ذلك ويرد الطرفان إلى الحالة التي كانوا عليها عند التعاقد وللمستأجر- أن يسترد ما دفعه لحساب الأجرة التي سوف تستحق عليه عند تنفيذ العقد " .

(طعن رقم ١٩٢٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩١/٤/١١)

٢٥٦- تقييد عدم سريان الأثر الرجعى للفسخ على عقود المدة بالحكمة التى أملتة :

عدم سريان أثر الفسخ فى عقود المدة على الماضى يتقيد بالحكمة التى أدت إليه ، وهى تعذر إزالة ما تم من أثر العقد فى الماضى . أما إذا أمكن إزالة أثر العقد المستمر فإن القاعدة العامة فى رجعية أثر الفسخ تنطبق ^(١) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " بيع المتجر وفق المادة ٢/٥٩٤ من التقنين المدنى من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ينقل حقوق المستأجر والتزاماته للمتأثر إليه بما فى ذلك عقد الإيجار ، ويصبح بدوره مستأجرا مثله بموجب البيع ، فيحل مشترى الجذك محل المستأجر الأصلى فيما له من حقوق وما عليه من التزامات متولدة عن عقد الإيجار ، ويكون للمؤجر التمسك قبله بالدفع التى كان يحق له إيدؤها فى مواجهة المستأجر الأصلى عند حصول التنازل ، وينتقل عقد الإيجار إلى المشتري محملا بما يشوبه من أسباب الفسخ أو البطلان " .

(ب) - " القضاء بفسخ عقد الإيجار ليس له من أثر رجعى ، إلا أنه لما كان الثابت أن عقد الإيجار كان وقت التصرف ببيع المقهى

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٤١ هامش (٣) .

إلى الطاعة قبلًا للفسخ وانتقل إليها محملاً بهذا العيب ، وكان هذا التصرف ليس من شأنه أن يسقط حق المؤجر في طلب الفسخ لمخالفة ارتكبتها المستأجر الأصلي قبل حصوله، فإنه يترتب عليه انقضاء جميع التصرفات الناشئة عنه " .

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

(راجع طعن رقم ١٩٢٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩١/٤/١١)

(المنشور بالبلند السابق)

٢٥٧- إقامة بناء على العين قبل فسخ عقد البيع :

إذا كان المشتري قد أقام بناء على الأرض المباعة له ، وفسخ عقد البيع اتفاقاً أو قضاءً، فإنه يلتزم برد العين إلى البائع عملاً بالمادة ١٦٠ مدنى ، واعتبر بالنسبة للبناء بانياً بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب من جهته ، وفى هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة فى المادة ٩٢٤ مدنى التى تقضى بأنه ^(١) : " ١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة هذه المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت

(١) المستشار أنور طلبه ص ٢٥٤ - عبد المنعم حسنى ص ٧٠ .

مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

٢- يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لايحلق بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة .

غير أنه لايتصور في هذه الحالة إعمال القاعدة الواردة في تلك المادة والتي تقيد حق صاحب الأرض في طلب إزالة البناء بأن يكون طلبه خلال سنة من يوم علمه بإقامة البناء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" نص المادة ١٦٠ من القانون المدني يدل على أن فسخ العقد اتفاقا أو قضاء يترتب عليه انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن وتعود الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد وإذا كان العقد بيعا وفسخ رد المشتري المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري ، فإذا كان المشتري قد أقام بناء على العين المبيعة اعتبر بانيا بسوء نية مادم الفسخ قد ترتب بسبب أت من جهته ، وفي هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة في المادة ٩٢٤ من القانون المدني التي تنص على أنه " إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه

وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لايحق بالأرض ضررا ، إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة ، وذلك بالنسبة لحق البائع فى طلب إزالة ما يكون المشتري قد أقامه من مبان على الأرض المبيعة أو استبقاؤه مع دفع المقابل ، وكذلك حق المشتري الذى أقام البناء على الأرض التى عادت ملكيتها إلى البائع بفسخ العقد وبيان قدر المقابل الذى يستحقه عند إزالة البناء ولايتصور فى هذه الحالة إعمال القاعدة الواردة فى تلك المادة والنسبة تقيد حق صاحب الأرض فى طلب إزالة البناء بأن يكون طلبه خلال سنة من يوم علمه بإقامة البناء ، وذلك أنه طالما أن العقد ما زال قائما لم يفسخ فلا يتصور إلزام البائع بذلك القيد الزمنى عند طلبه الإزالة لأن ذلك لن يكون إلا بعد انحلال العقد ، ومن ثم فإن ذلك للقيد الزمنى فى طلب الإزالة لايسرى فى حق البائع إلا من تاريخ الحكم النهائى بفسخ العقد إذا كان البائع عالما بإقامة المنشآت قبل ذلك أو من تاريخ علمه بإقامتها إذا كان العلم بعد الفسخ وفى جميع الأحوال فإن حق البائع فى طلب الإزالة يسقط بمضى خمسة عشر عاما من تاريخ الحكم إذ كان ذلك فإنه يكون

غير منتج النعي على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون
إذ احتسب مدة السنة من تاريخ علم المطعون عليها ، بإقامة
المنشآت قبل فسخ العقد طالما أنه انتهى صحيحا إلى رفض الدفع
بسقوط حقها فى طلب الإزالة " .

(طعن رقم ٤٧٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥)

(انظر فى التفصيل المجلد السادس عشر شرح المادة ٩٢٤) .

٢٥٨- حق الحبس وإجراء المقاصة :

إذا وقع الفسخ ووجب الرد ، فإنه يكون لكل من المتعاقدين
الحق فى حبس ما استوفاه من المتعاقد الآخر حتى يرد ما له فى
ذمته ، كما يجوز له طلب إجراء المقاصة بين ما يستحقه كل منهما
قبل الآخر .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " وإن كان يترتب على انفساخ عقد البيع أن يعاد
المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد المشتري المبيع
وئماره إذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده ، إلا أن
استحقاق البائع لئمار المبيع يقابله استحقاق المشتري لفوائد الثمن
وتحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منهما " .

(ب)- " المقاصة القضائية لا تكون إلا بدعوى أصلية أو فى
صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه ردا على دعوى خصمه

طبقا للمادة ١٥٢ من قانون المرافعات فإذا كان الطاعن لم يبد طلب المقاصة القضائية يبين ما هو مستحق عليه من الثمن وما هو مستحق له من الثمار إلا أمام محكمة الاستئناف فإنه حتى لو اعتبر هذا الطلب منه طلبا عارضا فإنه يكون غير مقبول لإبدائه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ومن ثم فلا على المحكمة أن هي التفتت عنه " .

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٢- (أ) - " لل التزام المشتري برد الأرض المباعة - بعد فسخ عقد البيع - إنما يقابل لل التزام للبائع برد ما قبضه من الثمن أما التزام المشتري برد ثمرات العين المباعة فهو يقابل لل التزام للبائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ومن ثم فلا من حق المشتري أن يحبس ما يستحقه البائع في ذمته من ثمار حتى يستوفي منه فوائد ما دفعه من الثمن " .

(ب) - " ثبوت حق المشتري في حبس قيمة الثمار إلى أن يستوفي من البائع - بعد فسخ عقد البيع - ما هو مستحق له فسي ذمته من فوائد ما دفعه من الثمن ، لا يمنع من الحكم بقيمة الثمار المستحقة للبائع على أن يكون تنفيذ هذا الحكم مشروطا بأداء البائع للمشتري ما هو مستحق له في ذمته من فوائد ما قبضه من الثمن من تاريخ هذا القبض حتى تاريخ الوفاء " .

(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧)

٢٥٩- أثر الفسخ بالنسبة للغير :

الفسخ كما ذكرنا فى التفاسخ أو التقايل يسرى أثره على الغير ، كما يسرى بين المتعاقدين . فالعقد الذى تقرر فسخه يزول كل أثر له فيما بين المتعاقدين ، ويترتب على ذلك أن يتأثر الغير بهذا الوضع بالنسبة إلى الحق الذى يتلقاه من أحد الطرفين على الشئ الذى ورد عليه العقد . فهذا الحق يزول تبعا للفسخ .

فإذا كان أحد الطرفين فى العقد الذى فسخ قد تصرف فى حقه إلى الغير فإن حق الغير يزول بالفسخ . فإذا اشترى شخص عينا ثم باعها ، وبعد ذلك فسخ العقد الأول ، فإن البائع فى هذا العقد يسترد العين من المشتري الثانى . وإذا كان هذا الشخص قد رتب على العين رهنا أو حقا عينيا آخر فإن البائع يسترد العين خالية من الرهن أو أى حق آخر .

إنما يستثنى من هذه القاعدة حالتان :

الحالة الأولى: أنه إذا كسب الغير بحسن نية حقا عينيا عقاريا على الشئ الذى ورد عليه العقد الذى فسخ . وذلك قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها فى هامش تسجيل هذا العقد ، فإن حقه يبقى بالرغم من الفسخ^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٠٦ وما بعدها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كانت المادة ١٦٠ من القانوني المذني تنص على أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد وكان يترتب على الفسخ انحلال العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعي فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المباعة إلى البائع ولا تنفذ في حقه التصرفات التي ترتبت عليها كما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده إليه وذلك كأثر من آثار فسخ العقد ."

(طعن رقم ١٨٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤)

٢- " النص في المادة ١/١٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ على أنه " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى " ، وفي المادة ١٧ من هذا القانون على أنه " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها .

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما " . يدل على أن المشرع خرج على الأثر الرجعى للفسخ لمصلحة الغير حسن النية الذى تلقى حقا عينيا على عقار وشهر حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ أو للتأشير بمضمونها على هامش المحرر المسجل ، فقرر أن الحكم الذى يصدر بفسخ العقد لا يكون حجة على هذا الغير ومن ثم يظل حقه قائما ويسرى فى مواجهة المدعى المحكوم له بالفسخ . أما إذا كان الغير سئ النية فإن حقه طبقا لنص هاتين المادتين يزول بالحكم بالفسخ ولو كان قد شهر حقه قبل تسجيل صحيفة الدعوى قبل التأشير بها " .

(طعن رقم ٨٩٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/١/٩)

(راجع أيضا طعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٥ ق جلسة

١٩٧٩/١/١٠ منشور ببند ٢٢٨)

كما قضت محكمة النقض بأن :

١- " لئن كان الحكم الذى يصدر ضد البائع فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع يعتبر حجة على المشتري الذى سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم ، وذلك على أساس أن المشتري يعتبر ممثلا لى شخص البائع له فى تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له ،

إلا أن البائع لا يعتبر ممثلاً للمشتري في الدعوى التي لم يكن ماثلاً فيها بشخصه وترفع على البائع بشأن ملكية العقار موضوع البيع ولو تناولت العقد المبرم بينهما طالما أن المشتري يستند في ملكيته إلى وضع يده المدة الطويلة المكسبة للملكية ذلك أنه متى توافرت في وضع يده شرائطه القانونية فإنه يعد سبباً يكفي بذاته لكسب الملكية مستقلاً عن عقد البيع ولو تم فلا ينقطع هذا التقادم المكسب بالحكم الصادر في تلك الدعوى .

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٩/١٢/١٦)

٢- " الحكم الذي يصدر ضد البائع متعلقاً بالعقار المبيع يعتبر - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم ، وذلك على أساس أن المشتري يعتبر ممثلاً في شخص البائع له في تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له " .

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٨)

الحالة الثانية :

أنه إذا كسب الغير حقاً يتعلق بالشيء الذي ورد عليه العقد الذي فسخ وذلك بمقتضى عقد من عقود الإدارة كالإيجار فإن حقه يبقى بالرغم من الفسخ^(١).

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٤٩ - عبد المنعم الصده ص ٤٠٧ .

ويراعى ما تنص عليه المادة ٦٠٤ مدنى من أنه : " ١- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذا فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية .

ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو لم كان هذا العقد غير نافذ فى حقه " .

(أنظر شرح المادة ٦٠٤ بالمجلد الثانى عشر) .

ويراعى أيضا ما تنص عليه المادة ٣٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من أنه : " استثناء من حكم المادة (٦٠٤) من القانون المدنى تسرى عقود الإيجار القائمة على المالك الجديد ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على تاريخ انتقال الملكية " .

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهنا رسميا هم المادة ١٠٣٤ مدنى والتي تقضى بأن : " يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن " .

مادة (١٦١)

فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به .

الشرح

الدفع بعدم التنفيذ :

٢٦٠- تعريف الدفع بعدم التنفيذ وأساسه :

الدفع بعدم التنفيذ، ويقال له أيضا الامتناع المشروع عن الوفاء، هو حق كل متعاقد فى عقد ملزم للجانبين فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به . فهو عبارة عن وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين حتى يقوم الآخر بالتنفيذ. وهو بذلك يمهّد إما إلى التنفيذ وإما إلى الفسخ ، ومن ثم يتصل بالجزاء الذى يترتب على القوة الملزمة للعقد .

ويعد هذا الدفع فى حقيقة الأمر - فى معظم الأحوال - تطبيق خاص من تطبيقات الحق فى الحبس^(١) .

وأساس هذا المبدأ هو فكرة السبب ، ذلك أنه لا يتصور إجبار المتعاقد فى عقد تبادلى أن يوفى بالتزامه دون أن يكون قد تحقق له غرضه المباشر بقيام المتعاقد الآخر بتنفيذ ما عليه .

(١) عبد المنعم الصده ص ٤١٠ - رمضان أبو السعود وهام محمد محمود

ومن هنا كان الأصل في العقد الملزم للجانبين هو تعاصر التنفيذ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فمن الأصول التى يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص . فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تأخيرها على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد " ^(٢).

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٥٢ - محمد حلمى بهجت بدوى ص ٤٩٢ ومابعدا - ولم يعرف القانون الرومانى هذا الدفع ، وإنما عرفه القانونى الكنسى . الذى صاغه بقوله " لايرعى عهد من لا عهد له " ،

ولم يضع التقنين القديم - كالقانون الفرنسى - الدفع بعدم التنفيذ فى مبدأ عام مكتفياً بإيراد بعض تطبيقاته إلا أن المبدأ كان مسلماً به فقها وقضاء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كانت المادة ١٦١ من التقنين المدنى الحالى التى سنت القاعدة المصطلح على تسميتها " الدفع بعدم التنفيذ " ليس لها مقابل فى القانون المدنى السابق ، إلا أنه كان معمولاً بها وقت سريان أحكامه وليست قاعدة مستحدثة " .

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٤٦/٥/١٠)

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٢٣ .

٢٦١- نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق في الحبس :

الحق في الحبس هو الأصل ، أما الدفع بعدم التنفيذ فهو تطبيق من تطبيقات هذا الأصل في دائرة العقود الملزمة للجانبين : فقد نصت على حق الحبس المادة ٢٤٦ مدني بقولها :

"١- لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به ، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

فهذا النص يفترض شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتب به . فيكون هذا الارتباط أساسا للحق بالحبس ، سواء كان أساس المديونية عقد أو غير عقد .

فالدائن بغير عقد كالحائز بحسن نية الذي ينفق على الشيء مصروفات ضرورية أو نافعة يكون له الرجوع على مالكه بهذه المصروفات فهو مدين له برد الشيء ودائن له باسترداد المصروفات . والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشيء والالتزام باسترداد

المصروفات ، لذلك يجوز للحائز أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه . وهذا هو الحق فى الحبس ^(١).

وهكذا فالحق فى الحبس يتمثل فى بعض صورته تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ ، وذلك فى مجال العقود التبادلية . ولكن الحق فى الحبس ، فى صور أخرى له أعم وأشمل وأوسع نطاقا من الدفع بعدم التنفيذ . فهو يثبت حتى خارج نطاق العقود بوجه عام . كما أن الدفع بعدم التنفيذ فى نطاق العقود التبادلية ، أعم من حق الحبس إذ أنه يباشر للامتناع عن كافة الالتزامات وليس فقط عن الالتزام بتسليم شئ ^(٢).

(١) المنهوى ص ٦٠٢ وما بعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٧٥ - وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بعدم التنفيذ " إن هو إلا الحق فى الحبس فى نطاق العقود المأزومة للجانبين " (طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١١/١١/١٩٦٥) - ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٧٥ الهامش أن هذا القول ليس صحيحا ، إذ أن الدفع بعدم التنفيذ أعم من الحق فى الحبس فى نطاق العقود التبادلية كما ذكر فى المتن ، لأنه يباشر فى خصوص الالتزام بتسليم شئ (الحق فى الحبس) كما يباشر فى خصوص غيره من كافة الالتزامات الأخرى ، كالالتزام البائع بالتصديق على عقد البيع العرفى تمهيدا لتسجيله والالتزام بإلقاء محاضرة أو بالتمثيل فى رواية .

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر الشروط الآتية :

٢٦٢- الشرط الأول :

أن يكون العقد ملزماً للجانبين :

يشترط أن يكون العقد ملزماً للجانبين كالبيع والمقايضة والإيجار والهبة بعوض ، أما العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة بدون عوض ، فلا مجال فيها للدفع بعدم التنفيذ ، وهذا أمر تقتضيه فكرة السبب في العقود التي يستند إليها الدفع بعدم التنفيذ ، فأساس الدفع المتقابل بين الالتزامات على طرفي العقد . بشرط أن يكون هذا المتقابل في عقد واحد^(١).

أما في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة بغير أجر حين ينفق المودع لديه مصروفات ضرورية أو نافعة على الشيء المودع ، فيثبت فيها حق الحبس ، ففي هذه المثال يحق للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع حتى يستوفى هذه المصروفات أو يقدم المودع ضماناً . وإذا فسخ العقد الملزم للجانبين الذي نشأ عنه الالتزامات وقام واجب الرد في حق المتعاقدين كان سند أحدهما في الامتناع عن

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٦٨ - محمد كمال عبد العزيز ص ١١٥٤ وما بعدها .

الرد حتى يقوم الآخر بالرد هو الحق في الحبس وليس الدفع بعدم التنفيذ^(١).

واستخلاص التقابل بين الالتزامات ، من سلطة قاضى للموضوع التقديرية طالما قام على أسباب سائغة .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى الاتفاق ومناطق تلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره . وإن فمتى كان الواقع هو أن المدعى عليه قد اشترى قطعة أرض تجاور ملك المدعى فأظهر هذا الأخير رغبته فى أخذ هذه الأرض بالشفعة ولكن إجراءاتها لم تتم لاتفاق عقد بين الطرفين تنازل المدعى بمقتضاه عن السير فى دعوى

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ١١٥٤ وما بعدها - الدكتور محمود جمال الدين زكى الوجيز فى نظرية الالتزام - الجزء الأول فى مصادر الالتزام ١٩٦٨ ص ١٩٨ - عبد المنعم للصدى ص ٤١١ - وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصا فى هذا المعنى هو المادة ٢٢٤ منه يجرى على أن : " إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو باى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه ، أو يقدم ضمانا لهذا الرد وذلك طبقا للقواعد المقررة فى حق الحبس " . إلا أنها حذفت فى لجنة المراجعة لأنها تطبق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٣١ الهامش) .

الشفعة كما دفع مبلغا من المال إلى المدعى عليه وذلك في مقابل إنشاء حق ارتفاع على عقاره لمصلحة عقار المدعى وهو عدم التعلية لأكثر من ارتفاع معين ، كما ورد في الاتفاق أن المدعى قد تعهد بترك مترين بطول ملكه ليكون مع ما يتركه المدعى عليه فضاء أو حديقة لمنفعة العقارين المتجاورين ، وكانت المحكمة قد استخلصت من عبارات الاتفاق ونصوصه أن التزام المدعى بدفع المبلغ والتنازل عن طلب الشفعة هو مقابل التزام المدعى عليه بترك جزء فضاء من ملكه وعدم قيامه بتعلية بناء عمارته لأكثر من الارتفاع الوارد بالاتفاق وأن المدعى قد وفى بالتزامه بدفع المبلغ والتنازل عن الشفعة وأنه كان على المدعى عليه أن ينفذ التزامه بعدم تعلية البناء لأكثر من الارتفاع المتفق عليه ، وأنه لا يجوز له التحدى بقيام المدعى بالبناء ، فى الأرض التى تعهد بتركها فضاء لأن هذا الالتزام مستقل عن الالتزامات المتقابلة التى رتبها العاقدان ولا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو البحث فى الإخلال به لأن محله هو التداعى استقلا ، وكان هذا الذى استخلصته المحكمة هو استخلاص سائغ تحتمله نصوص العقد وتقيده عباراته ، فإنه يكون فى غير محله تنزع المدعى عليه بالدفع بعدم التنفيذ فى مقام الرد على دعوى المدعى إذا هو طالبه باحترام التزامه بعدم التعلية " .

(طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٤/٤/١٩٥٥)

٢- " إذ يبين مما أورده الحكم أن ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه اشتمل على عقدين أحدهما عقد بيع والآخر عقد إيجار وأن كلا منهما استوفى أركانه القانونية ومستقل عين الآخر ورتب على ذلك أنه وقد ثبت أن المشتري قامت بتنفيذ التزامها في عقد البيع فإنه يتعين على الطاعن - البائع - أن يوفى بالتزامه في هذا العقد وليس له أن يتنزع بالدفع بعدم التنفيذ استنادا منه إلى أن المطعون عليها - المشتري - امتنعت عن تنفيذ التزامها في عقد الإيجار بدفع الأجرة ، ذلك أن هذا الالتزام الأخير الذى يدعيه الطاعن إنما هو التزام يفرضه عقد الإيجار ومستقل عن الالتزامات المتقابلة المترتبة على عقد البيع ، وأنه لا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو لبحث الإخلال به فى هذه الدعوى ، إذ مجاله الدعاى استقلالا ، ولما كان ما خلص إليه الحكم سائغا وليس فيه خروج عن المعنى الظاهر لعبارات الاتفاق سالف الذكر ، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٩١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٢)

٢٦٣- الشرط الثانى :

أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء :
يشترط أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء .

فإذا كان أحد الالتزامين المتقابلين قد أصبح التزاما طبيعيا ، كما لو سقط بالتقادم ، فإن الدفع بعدم تنفيذه لايجوز لأنه غير واجب الأداء .

وكذلك لايجوز الدفع إذا كان الالتزام المقابل غير مستحق الأداء لاقترانته بأجل ، ومثال ذلك أن يبيع شخص ماله بثمن أجل ، أى بثمن يستحق فى تاريخ لاحق ، ثم يجئ المشتري فيطالب البائع بالتسليم ، فلا يحق هناك للبائع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالتسليم ، أى لا يحق له أن يحبس المبيع ، طالما أن الأجل الذى منحه للمشتري لم يحل بعد .

إلا أنه يستثنى من الأجل ، الأجل القضائى أى نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى ، فنظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين لا تمنع دائنه من أن يتمسك فى مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ إذا ما طالب الأول الثانى بحقه عليه . فنظرة الميسرة تمنح للمدين لمجرد الرأفة والتيسير عليه بإمهاله فى الوفاء ، فليس له أن يستغلها بالمبادرة بطلب حق متزعا بإرجاء أداء ما عليه ، وإلا كان ذلك منه تجافيا لمقتضيات حسن النية الذى يوجبه القانون فى تنفيذ العقود (المادة ١/١٤٨) وخروجا عن روح الميسرة^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٧٠ - المنهورى ص ٦٠٥ - رمضان أبو السعود وهام محمد محمود ص ٥٣٢ - محمود جمال الدين زكى ص ١٩٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " فى العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضى به المادة ١٦١ من القانون المدنى إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشتري ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرطا يمنعه من استعماله ، فعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار " .

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٠/١٢/١٩٧٥)

٢- " مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي الاتفاق ومناطق ذلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره " .

(طعن رقم ٣٩١ لسنة ٤٢ ق جلسة ٢٢/٢/١٩٧٧)

٣- " مقتضى القواعد العامة أنه يحق للعامل الانقطاع عن العمل بسبب تخلف صاحب العمل عن أداء أجره بغير مبرر ولا يعتبر ذلك غيابا بدون سبب مشروع إذ يكون الانقطاع عن العمل فى هذه الحالة دفعا بعدم التنفيذ- لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأغل الرد على ما أثاره الطاعن فى هذا الخصوص فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور " .

(طعن رقم ١١٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١/١٦)

٤- " جرى قضاء هذه المحكمة - على أن مجال إعمال الدفع بعدم التنفيذ - وفقا لما تنص عليه المادة ١٦١ من القانون المدنى- مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى التعاقد ، ومناطق ذلك ما اتجهت إليه إرادتهما ، وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره".

(طعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١١/٦)

٥- " العلاقة التعاقدية للعاملين بشركات القطاع العام تتضمن بالتالى التزامات متقابلة ومن ثم يجوز طبقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما للترم به بشرط أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة للوفاء ، إلا أن تحديد تلك الالتزامات وكونها مستحقة للوفاء من عدمه بالنسبة للعاملين بشركات القطاع العام

يرجع بشأنه إلى أحكام النظام الخاص وإلى لوائح الشركة التي لا تتعارض مع هذه الأحكام " .

(طعن رقم ٤٤٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٦/١/١٢)

٦- " إذ كان الثابت في الأوراق أن الطاعة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بدفاع حاصله أن عدم وفائها بالمتبقى من الثمن كان بسبب تخلف المطعون ضدها البائعة عن تنفيذ التزامها بإصلاح عيوب المبنى المبيع والمبينة في التقارير الهندسية المقدمة منها ، وعدم تسليمها نصيبها في قطعة الأرض الملحقة به وكان من شأن هذا الدفاع - لو فطنت إليه المحكمة - تغيير وجه الرأي في الدعوى إذ أن مؤداه أن يكون للطاعة المشتري أن توقف للترامها بالوفاء بالمتبقى من الثمن حتى تقوم المطعون ضدها البائعة من جهتها بتنفيذ التزاماتها بما يكون معه الامتناع عن الوفاء به في هذه الحالة بحق يمنع من فسخ العقد بسببه لما هو مقرر طبقاً للمادة ١٦١ من القانون المدني أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة للوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للأخر ألا يوفى بالتزامه ، فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائي بل هو ذو طابع وقائي يهدف إلى كفالة استمرار التعاصر الزماني بين الالتزامات الحالة المتقابلة وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ والذي ليس إلا الحق في

الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين . وإذا كانت محكمة الاستئناف قد التفتت عن تناول هذا الدفاع الجوهرى بما يقتضيه من البحث ودون أن تقول كلمتها فيه مما أدى بها إلى استخلاص خطأ الطاعنة من مجرد تخلفها عن الوفاء بباقي الثمن ورتبت على ذلك القضاء بفسخ العقد فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بقصور مبطل " .

(طعن رقم ٤٤٥٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١٣)

٧- " لما كان الثابت أن لشركة الطاعنة تمسكت فى مرحلتى التقاضى بدفاع حاصله أن عدم وفاتها بالتزامها الناشئ عن عقد التأمين الجماعى محل التداعى كان بسبب تخلف الشركة المطعون ضدها الأولى طالبة التأمين عن سداد أقساطه وهو ما ثبت فى الأوراق من تقرير الخبير ولم تنكره المطعون ضدها الأولى ، فإن مؤدى ذلك أن يكون للطاعنة أن توقف التزامها بتنفيذ عقد التأمين مما يكون معه امتناعها عن الوفاء بمبلغه إلى المطعون ضده الثانى بحق لما هو مقرر طبقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للأخر ألا يوفى بالتزامه ، فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائى بل هو نو طابع وقائى يهدف إلى كفالة استمرار التعاصر الزمنى بين

الالتزامات الحالة المتقابلة وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ والذي ليس إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي قد خالف هذا النظر وقضى بإلزام الطاعنة بتنفيذ عقد التأمين وإلزامها بأداء مبلغه إلى المطعون ضده الثاني على سند من عدم جواز تمسكها قبله بعدم سداد أقساطه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(طعن رقم ٣٢٧٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٣/١١/١٩٩٧)

٨- " المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن عقد البيع عقد تبادلي ينشئ بين طرفيه التزامات مقابلة . وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدني على البائع أن يتمتع عن كل تعرض من جانبه للمشتري في حيازته للمبيع ، وكان التعرض الشخصي الذي يضمنه البائع في مفهوم هذه المادة هوكل عمل يعكر على المشتري حقه في حيازة المبيع والانتفاع به ، وهذا الالتزام المستمر على عائق البائع يقابله التزام المشتري بأداء الثمن، وقد خولت المولا ١٦١، ١/٢٤٦، ٢/٤٥٧ من القانون المدني المشتري حق حبس الثمن حتى يتمتع بالتعرض " .

(طعن رقم ٨٤٨٤ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٧/١٢/١٩٩٧)

٩- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة طبقا للمادة ١٦١ من القانون المدنى أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للآخر ألا يوفى بالتزامه فهو امتناع مشروع الوفاء بالعقد وهو ما يسمى الحق فى الحبس فى العقود الملزمة للجانبين ، كما أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك " .

(طعن رقم ٣٨٥٩ لسنة ٦٩ قى جلسة ٢٤/٥/٢٠٠٠)

٢٦٤- هل يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى لم ينفذ أساسيا ؟

يذهب رأى إلى أنه ليس كل عدم تنفيذ من جانب أحد الطرفين فى العقد التبادلى يجيز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، بل يجب أن يكون الالتزام الذى لم ينفذ التزاما أساسيا وليس تبعا أو ثانويا^(١) .

(١) حلمى بهجت بلوى ص ٤٩٤ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٥٤
هامش (٣) .

والالتزامات الرئيسية هي التي تكون حافزا للالتزام ، أما الالتزامات التبعية أو الثانوية فهي التي لم يكن الحصول عليها عنصرا حافزا في إرادة للمتعاقد . فالبائع يرمى من البيع إلى الحصول على الثمن والمؤجر يرمى الحصول على الأجرة . هذه التزامات أساسية يجيز عدم تنفيذها لمتناع البائع أو للمؤجر عن تنفيذ التزامه . وإلى جانب هذه الالتزامات التزامات تبعية أو ثانوية ليست هي التي حفزت على التعاقد فلا تجيز للمتعاقد أن يطلب تنفيذها من المتعاقد الآخر قبل أن ينفذ هو لالتزامه الأساسي . فإذا اتفق في عقد الإيجار على أن المستأجر عليه الامتناع عن إدخال كلاب في العين وأخل المستأجر بهذا الامتناع فلا يجوز للمؤجر من أجل هذا الإخلال أن يرفع عن المستأجر الانتفاع بالعين .

وإذا اتفق في عقد الإيجار على وجوب قيام المؤجر ببعض تحسينات في العين فلا يجوز للمستأجر الامتناع عن دفع الأجرة متى تبين أن دفع الأجرة لم يكن معلقا في إرادة الطرفين على تنفيذ هذه الأعمال .

والتمييز بين الالتزام الأساسي والالتزام الثانوي أو التبعية مسألة يقضى فيها قاضى الموضوع بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين وإلى الغرض الذى ترمى إليه هذه الإرادة .

ويذهب رأى ثان إلى أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتمتع عن تنفيذ التزام أساسى فى العقد حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزام ثانوى يكون قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام الأول . مثال ذلك أنه لا يحق للمستأجر أن يتمتع عن دفع الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات فى العين المؤجرة^(١).

ومن ثم فإنه وفقا لهذا الرأى يجوز للمتعاقد أن يتمتع عن تنفيذ التزام ثانوى أى قليل الأهمية حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزام مقابل مماثل أى التزام ثانوى قليل الأهمية .

بينما يذهب رأى ثالث إلى أنه لا يلزم أن يكون كل من الالتزامين من الالتزامات الرئيسية إذ كل التزام لم ينفذ يصلح سنداً للطرف الآخر للدفع بعدم تنفيذ التزامه مع مراعاة شرط حسن النية^(٢).

ويسدو أن محكمة النقض تأخذ بالرأى الثانى . وهو ما نرى أيضا الأخذ به .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" التزام المشتري برد الأرض المبيعة - يعد فسخ عقد البيع - إنما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن أما التزام المشتري

(١) عبد المنعم الصده ص ٤١٢ .

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص ١١٥٥ .

برد ثمرات العين المبيعة فهو يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ومن ثم فإن من حق المشتري أن يحبس ما يستحقه البائع في ثمنه من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن".
(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧)

٢٦٥. الخلاف على تنفيذ الالتزامات :

قد يحدث أن يكون كل من الالتزامين مستحق الأداء وكل من العاقد يدفع بعدم تنفيذ التزام الآخر ، مما يثور معه خلاف على تحديد أى من الطرفين هو المتخلف عن تنفيذ التزامه .
فى مثل هذه الحالة يمكن الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى ، كما يستطيع القاضى أن يحكم بأن يودع كل من الطرفين بين يدى ثالث يتولى التسليم والتسليم^(١).

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التهيدى أنه :

" ويجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة التخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتبس ما يجب أن يوفى به حتى يؤدى إليه ما هو مستحق له وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع إنما يوقف أحكام العقد ... الخ^(٢).

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٥٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٢٣ .

٢٦٦. لا يشترط أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن خطأ أو غش :

لا يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه ناشئاً عن خطأ أو غش ، إذ يكفي عدم التنفيذ ولو كان لسبب أجنبي ^(١).

٢٦٧. تعادل عدم التنفيذ الكلى وعدم التنفيذ الجزئى :

الأصل أن المتعاقد له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى لو كان عدم التنفيذ جزئياً إذ المتعاقد إنما يريد الالتزام كاملاً ويعتبر إهداراً لإرادته إذا أرغم على تنفيذ التزامه مع أنه لا يحصل إلا على جزء من حقه دون الجزء الآخر . ولذلك فالبائع له أن يرفض التسليم إذا لم يدفع له الثمن كاملاً . وللمشتري وإن استلم العين أن يمتنع عن دفع الثمن إذا حصل له تعرض أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية منه . إذ هو لا يقصد مجرد الحيازة المادية للعين بل الحيازة الهائنة والمسألة مردها للإرادة ^(٢) : فهناك أحوال يجوز فيها تجزئة الالتزام وتجزئة ما يقابله . فإذا كان التعرض فى جزء من العين مستقل بذاته فلا يجوز للمشتري أن يحبس من أجل ذلك كامل الثمن ^(٣).

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ١١٥٨ .

(٢) حلمى بهجت بدوى ص ٤٩٥ - محمد كمال عبد العزيز ص ١١٥٨ -

فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٧١ .

(٣) حلمى بهجت بدوى ص ٤٩٥ .

ويأخذ التنفيذ المعيب حكم التنفيذ الناقص ^(١).

٢٦٨- الشرط الثالث :

**ألا يكون عدم تنفيذ التعاقد الآخر التزامه راجعا
إلى تقصير المتمسك بالدفع :**

يشترط للمتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يكون عدم تنفيذ التعاقد الآخر راجعا إلى تقصير المتعاقد المتمسك بالدفع .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إنه إذا كانت المادة ٤٢٨ من القانون المدني تلزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كمستندات الملكية وبيان حدود العقار ، إلا أنه متى كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب المشتري ولم يتم بتنفيذه جاز للبائع - وعلى ما تقضى به المادة ١٦١ من القانون المدني - أن يمتنع من جانبه عن القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد ما يستفاد منه أن البائعة لم تكن ملزمة طبقا لشروط عقد البيع أن تقدم الأوراق اللازمة لتسجيله والتوقيع عليه من المشتريين إلا بعد أن تحصل منهم على الرسم المطلوب سداده إلى مصلحة الشهر العقاري وأن هؤلاء هم الملزمون بالمبادرة إلى دفعه ، وانتهى

(١) كمال عبد العزيز ص ١١٥٨ .

الحكم إلى أن تقصير مورث الطاعنين وهم من بعده في ذلك قد سوغ للبائعة أن تعتصم قبلهم بالدفع بعدم التنفيذ فإن الحكم يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ٩١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٧/٢٥)

٢٦٩- الشرط الرابع :

ألا يكون المتعاقد الذي يتمسك بالدفع مجبرا على أن يقوم هو بتنفيذ التزامه أولا :

يشترط ألا يكون المتعاقد الذي يتمسك بالدفع مجبرا على أن يقوم هو بتنفيذ التزامه أولاً وقد حصل ذلك إما بالاتفاق بأن يتفق المتعاقدان على أن يبدأ أحدهما بتنفيذ التزامه ، وإما بنص القانون أو طبقا للعرف الجارى أو العادة . ومثال ذلك أن الوكيل بأجر عليه أن يقوم بتنفيذ ماعهد إليه من عمل قبل أن يطالب بأجره . وأن المؤجر لا يطالب بالأجرة إلا بعد حصول الانتفاع . والعامل يقدم عمله إلى صاحب العمل قبل أن يتقاضى أجره وصاحب الفندق يقدم خدماته للعميل قبل أن يتقاضى أجره ^(١) .

ومثال ذلك أيضا أن يكون ميعاد الوفاء بأحد أقساط الثمن قد حل قبل حلول ميعاد التزام البائع بتسليم المبيع ، ولم يقع المشتري بالوفاء به ، وبعد ذلك حل ميعاد التزام البائع بالتسليم ، وأقام الأخير دعوى للمطالبة بالقسط الذى حل أو بفسخ عقد البيع ، حينئذ لا يجوز

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٩٨ .

للمشتري أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيذ التزامه استنادا إلى أن البائع لم
يقم بتنفيذ التزامه بالتسليم ، ذلك لأن المشتري هو الذي أدخل أولا
 بتنفيذ التزامه ، ولو كان قد رجع على البائع لإلزامه بالتسليم كان
للبيع الحق في الدفع بعدم التنفيذ إذ أنه لم يكن هو البادئ بالإخلال
 بتنفيذ التزامه . فإذا لم يرفع البائع دعوى فسخ . وقيل القسط بعد
ميعاده ، سقط أثر الإخلال السابق واعتبر كأن لم يكن ، بحيث إذا
حل بعد ذلك ميعاد تسليم المبيع وأخل البائع بالتزامه بالتسليم ، ثم
حل بعد ذلك ميعاد أحد الأقساط ، جاز للمشتري حبسه ، وإذا رفع
البائع دعوى لمطالبته بهذا القسط أو بفسخ العقد ، كان للمشتري
دفعها بحقه في الحبس والدفع بعدم التنفيذ ، إذ لا يعتبر هو البادئ
بالإخلال بتنفيذ التزامه ، إذ اعتبر الإخلال السابق كأن لم يكن ،
واستمر تنفيذ العقد بعد ذلك ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الطاعن قد اعتمد في دفاعه على أن عدم قيامه
بتسليم المبيع يرجع إلى أن المطعون عليه لم يبد استعداده لدفع
الثمن إلا بعد التسليم مع أنه متفق في العقد على دفع الثمن قبل
التسليم وبذلك يكون المطعون عليه هو المقصر وتقع عليه تبعة
التقصير ، وكانت المحكمة إذ اطرحت هذا الدفاع فقد قررت أن
محل التمسك به هو أن يكون الطاعن قد أظهر استعداده لتسليم

(١) المستشار أنور طلبه ص ٢٦٦ .

المبيع ، أما وهو لم يفعل ذلك فلا يحق له أن يطالب المطعون عليه بدفع الثمن قبل التسليم ، هذا فضلا على أن المطعون عليه قد قرر بإنذاره الذى أعلنه للطاعن أنه على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط فى الاتفاق ومع ذلك لم يقم الطاعن بتنفيذ التزامه ، فإن هذا الذى قرره المحكمة هو استخلاص سليم ولا مخالفة فيه للقانون كما لا يشوبه قصور .

(طعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٥)

٢- " شرط الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاما مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا . فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن ينتفع بهذا الدفع . "

(طعن رقم ٦٦ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٣)

٣- (أ) - " التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد المصرفى من يوم تنصيبه هو التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشتري فى الصفقة . فلا يلزم للبنك بالوفاء بقيمته - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - إلا إذا نفذ المستفيد شروط فتح الاعتماد . "

(ب) - " لا يجوز للمتعاقد المكلف بالبداء فى التنفيذ أن يتمسك بعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه . "

(طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٣١)

٤- " يشترط لقبول الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ألا يوجب العقد على المتعاقد الذي أبدى هذا الدفع أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر إذ يمتنع عليه في هذه الحالة أن ينتفع بالدفع ويتعين عليه أن يفى بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر لالتزامه " .

(طعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠)

٥- " يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالاً فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل التعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع " .

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

٦- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالاً ، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع " .

(طعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣)

٢٧٠- الشرط الخامس :

ألا يتضمن الدفع إساءة لاستعمال الحق :

الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ شأنه في ذلك شأن أى حق آخر غيره - يتقيد في استعماله بقاعدة عدم جواز إساءة استعمال الحق المنصوص عليها بالمادة الخامسة من التقنين المدني ، وبقاعدة وجوب تنفيذ العقد على نحو ما يقتضيه حسن النية عملا بالمادة ١/١٤٨ مدنى .

وهكذا فلا يسوغ التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على وجه يتعارض مع وظيفته الاجتماعية . ومع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن النية .

وبالترتيب على ذلك :

١- لايجوز التمسك بالدفع إذا كان ما بقى من الالتزام المقابل دون تنفيذ جزءا يسيرا بالنسبة إلى ما تم تنفيذه . ويستطيع المتعاقد فى هذه الحالة أن يمتنع عن تنفيذ جزء من التزامه يقابل الجزء الذى لم ينفذ . وذلك إذا كان من الممكن تجزئته الالتزام^(١).

(١) للمنهج ص ٦٠٥ هامش (١) - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٧١ - وكانت الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٦١ مدنى) تنص على ذلك بقولها : " على أنه لايجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزم للجانبين وأن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال هذا الدفع . فلا يباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذى لا يكون متقافعا مع ما يجب توافره من حسن النية ، وإنما يكفي في هذه الحالة إنقاص التزامه في الحدود العادلة التى تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل " .

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٣١ ق جلسة ١٠/٥/١٩٦٦)

- ٢- لا يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطرا يتهدد العين إذا كان هذا الخطر ليس بجدى ^(١) .
- ٣- لا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان عدم تنفيذ المتعاقد الآخر التزامه يرجع إلى فعله ^(٢) .

النية " . وفي لجنة المراجعة اقترح حذف هذه الفقرة لأنها تطبق لنظرية التصسف في استعمال الحق ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٣١ ، ٣٣٤) .

(١) السنهوري ص ٦٠٥ هامش (١) .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٩٨ .

٢٧١- كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

الدفع بعدم التنفيذ - كما يدل عليه اسمه - وسيلة دفاعية وليست هجومية . ومؤدى ذلك أن المتعاقد لا يتمسك به إلا إذا طُوبى بتنفيذ التزامه ، إذ يسوغ له أن يدفع المطالبة بعدم أداء ماله .

وللمتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، سواء طُوبى بأداء ما عليه وديا أم قضائيا . فإذا طُوبى خارج ساحة القضاء بأداء ما عليه ، كان له التمسك بعدم تنفيذ ما له ، كما له التمسك به فيما بعد لو طُوبى بتنفيذ التزامه قضاء .

ولا يوجد ما يمنع المتعاقد من التمسك بعدم تنفيذ ماله ، فى صورة إشكال فى التنفيذ بالحق الذى عليه . ويحصل ذلك إذا كان العقد رسميا ، وأريد التنفيذ بمقتضاه . أما إذا أريد إجراء التنفيذ بمقتضى حكم واجب النفاذ ، فلا يجوز إيقاف هذا التنفيذ عن طريق مجرد التمسك بالدفع ، لأن فى ذلك مساسا بحجية الأمر المقضى^(١).

٢٧٢- عدم ضرورة الإعذار :

لا يحتاج التمسك بالدفع إلى إعذار المتعاقد الآخر قبل التمسك به وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعذار قبلها واجب بالتفصيل الذى سنراه فى موضعه . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه . وفى هذا إعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذى فى ذمته^(٢).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٧٢ .

(٢) السهنورى ص ٦٠٦ - عيد المنعم الصده ص ٤١٢ .

غير أن الإعذار يكون واجبا إذا طالب العاقد بتعويض عن الضرر الذي نجم عن عدم تنفيذ الالتزام طبقا للقواعد العامة .

وقد قضت محكمة النقص بأن :

" إذا لم يَقم أحد العاقدين بالتزامه كان للأخر ألا يوفى بالتزامه من غير حاجة إلى تنبيه رسمي أو إلى حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما في العقد مقابل للالتزام الآخر " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١٢/٢١)

٢٧٢- عدم تعلق الدفع بعدم التنفيذ بالنظام العام :

الدفع بعدم التنفيذ قاعدة مقررة لإرادة طرفي العقد ، وبالتالي ليست متعلقة بالنظام العام .

ويترتب على ذلك ما يأتي :

١- أنه يجوز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة بحرمان أحد العاقدين أو العاقدين معا من استعمال هذا الدفع باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين^(٢) .

(راجع طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)
(المنشور ببند ٢٦٣) .

٢- أن الحق في الدفع يسقط بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا . ويتحقق التنازل الضمني بقبول الوفاء الناقص أو المعيب قبولا غير

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٢٦٧ .

مشروط ولا يعتبر قبول الوفاء الجزئى على غير الوجه المتفق عليه
تنازلا عن الدفع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الواقع فى الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع
الطاعنة على استغلال فيلم فى الخارج لقاء مبلغ معين - ٧٥٠٠ -
جنيه يدفعه المطعون عليه، دفع منه وقت العقد جزءا ١٠٠٠ جنيه -
وتعهد بدفع جزء آخر - ٣٠٠٠ جنيه - فى مدى شهر من التوقيع
على العقد بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء فى ميعاده يصبح
المبلغ الذى دفع أولا حقا للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا
وباقى المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم فى الخارج ، وتعهدت الطاعنة
بأن يتم إرسال الفيلم إلى الخارج فى خلال أربعة شهور من تاريخ
التعاقد - أى بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه - وكان الثابت من
أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذ لم يدفع
سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه فإنه يكون للطاعنة -
رغما عن قبولها الوفاء الجزئى على غير الوجه المتفق عليه - أن
تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ
ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذى دفعه المطعون عليه بعد
الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها فى الحبس بل كل ما عسى أن
يكون له من شأن أنه - إذا أكمل المطعون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠

جنبه - يصلح دفعا لدعوى الطاعة إذا هي رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه ، أما حقها هي في حبس التزامها بالتسليم فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه ، وإن فمتى كان الحكمان المطعون فيهما قد انتهيا إلى فسخ العقد تأسيسا على أن الطاعة هي التي تخلفت عن وفاء التزامها بالتسليم لأن تأخر المطعون عليه في الوفاء بما تعهد بدفعه في ميعاده لا يعتبر نقصيرا تترتب عليه آثاره لأنه وقع بقبول ورضاء الطاعة فإنهما يكونان قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٤/٦/١٩٥١)

٣- أنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بالدفع من تلقاء نفسها . وإنما يجب أن يتمسك به المتعاقد نفسه ، كما لا يجوز للغير التمسك به . ففي دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن إلا للبائع . فلا يجوز هذا الدفع لمشتري ثان بغية الوصول إلى ثبوت الملكية له دون المشتري الأول^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لأن هذا الدفع هو بذاته

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٧٢ .

الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر فإذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والإيداع الحاصلين من المشتري صحيحين وما رتبته على ذلك من اعتبار الإيداع مبرئاً لئمة هذه المشتري من الثمن ، فإنه لا يقبل من الطاعن - وهو مشتر ثان - الطعن على الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص مادام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه " .

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨)

٢٧٤- أثر الدفع بعدم التنفيذ :

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ أن يقف تنفيذ الالتزام . ويقتصر أثر الدفع على الوقف ، فلا يزول الالتزام كما في الفسخ ، بل يبقى كما هو دون نقص في مقداره . مثل ذلك أن يقف البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية حتى ينفع المشتري الثمن أو يقف مقاول أعمال البناء اللازمة لإقامة بناء تعهد بإقامته حتى يدفع رب العمل ما تعهد به .

غير أن هناك حالات لا يتصور فيها وقف تنفيذ الالتزام لأن طبيعته لا تقبل الوقف . ويتحقق ذلك في بعض صور الالتزام بالامتناع عن عمل . كما إذا تعهد شخص بعدم البناء في مساحة معينة يملكها لقاء مبلغ من المال . فإذا تأخر الطرف الآخر عن

دفع هذا المقابل فليس أمام الطرف الأول إلا أن يبني في هذه المساحة ويكون هذا بمثابة فسخ للعقد^(١).

ولكن ليس معنى ذلك أنه يجب على القاضى أن يرفض بالضرورة دعوى الدائن ، وإنما يسوغ له أن يقضى للمدعى بحقه برغم تمسك المدعى عليه بعدم تنفيذ ما يجب له ، بشرط أن يتضمن قضاؤه أداء الالتزامين المتقابلين معا .

وتمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ لايمنعه أن يطلب فسخ العقد والعكس صحيح^(٢).

وإذا كان الالتزام بتسليم عين فإن الدفع بعدم التنفيذ يختلط بالحق فى الحبس كما إذا امتنع البائع عن تسليم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن . وفى هذه الحالة يجب على الحابس أن يحافظ على الشئ وفقا لأحكام رهن الحيازة . وإذا كان الشئ يخشى عليه الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ مدنى وينتقل الحق فى الحبس من الشئ إلى ثمنه . وهذا ما تقتضى به القواعد العامة فى الحق فى الحبس المنصوص عليها فى المادة ٢٤٧ مدنى^(٣).

(١) السنهورى ص ٦٠٨ - عبد المنعم الصده ص ٤١٢ ومابعدها ..

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٧٤ .

(٣) عبد المنعم الصده ص ٤١٣ .

٢٧٥ - أثر وقف التنفيذ في عقود المدة :

ذكرنا سلفاً أن أثر الدفع في تنفيذ الالتزام ، ينحصر في وقف تنفيذ الالتزام ، ويبقى الالتزام كما هو دون أى نقص في مقداره خلال فترة الوقف ، وإن كان الحكم في عقود المدة يختلف ، إذ أن وقف تنفيذها خلال فترة معينة يترتب عليه نقص في كم الالتزام ، كما لو منعت شركة التيار الكهربائي عن المستهلك خلال فترة معينة لامتناعه عن أداء التزامه نحوها ، ذلك لأن ما يفوت من الزمن في تلك العقود لا يعوض . وبذلك لا يعتبر العقد قد نفذ نهائياً في حدود المدة التي منعت الشركة فيها توريد التيار الكهربائي .

ومن ثم ينقص التزام المتعاقد بهذا المقدار^(١).

وكذلك لو أن المستأجر تأخر في دفع الأجرة فامتنع المؤجر عن تنفيذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع مدة من الزمن ، فإن المؤجر أثناء هذه المدة يعتبر أنه لم ينفذ التزامه نهائياً لا مؤقتاً وبذلك ينقص التزامه بهذا المقدار^(٢).

٢٧٦ - أثر الدفع بالنسبة للغير :

يسرى الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع . فلو أن هناك بيعاً وتأخر المشتري

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٥٥ .

(٢) السنهوري ص ٦٠٩ - عبد المنعم الصده ص ٤١٣ .

فى دفع الثمن . ثم باع العين التى اشتراها لمشتري ثان أو رهنها لدائن مرتهن ، فإنه يجوز للبائع أن يحبس العين المباعة ويتمسك بالدفع ضد المشتري الثانى أو الدائن المرتهن . وذلك لأن المشتري لا يستطيع أن ينقل إلى خلفه أكثر مما كان له من حقوق ، وقد كانت حقوقه قبل البائع خاضعة للحبس ولو قيل بغير ذلك لفقد الدفع قيمته العملية ، إذ يكفى لكى يتخلص المدين منه أن يتصرف فى الشئ فيضطر الدائن إلى التخلّى عنه . أما إذا كان الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق فى التمسك بالدفع فإن الدفع لا يسرى فى مواجهته . فإذا رهن شخص منزله ثم سلمه إلى مستأجر . وبعد ذلك باعه فأراد المشتري أن يتسلم المنزل قبل نهاية عقد الإيجار . فإن الإيجار إذا كان غير ثابت التاريخ لا ينفذ فى حق المشتري . وفى هذه الحالة يصبح للمستأجر الحق فى تعويض يتقاضاه من المؤجر ويستطيع أن يحبس العين من أجله فى مواجهة المشتري (م ٢/٦٠٥ مدنى) ، ولكن لا يحق له أن يتمسك بالحبس ضد الدائن المرتهن لأن الرهن سابق على ثبوت الحق فى الحبس (١) .

٢٧٧- الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الإدارية :

لا يجوز فى مجال العقود الإدارية ، التمسك بالدفع بعدم التنفيذ للمتعاقد مع جهة الإدارة . وإن كان ذلك يقع جائزاً لجهة الإدارة

(١) عبد المنعم الصده ض ٤١٣ وما بعدها .

نفسها . فالمتعاقد مع جهة الإدارة لا يستطيع أن يتمتع عن أداء التزاماته ، تأسيسا على أن جهة الإدارة قد تقاعست عن الوفاء بالتزاماتها نحوه ، ما لم يترتب على هذا التقاعس صيروره التزاماته هو مستحيلة الأداء . وعلة هذا الحكم واضحة . فالمصلحة العامة تلبي أن يتعطل أو يتأخر تسيير المرفق العام ، لمجرد أن المتعاقد مع الإدارة لم يستوف حقه في ميعاده ، سيما وأن جهة الإدارة تتسم عادة باليسر والاقتدار في أداء التزاماتها . بل إن مراعاة المصلحة العامة وتغليبها عند التعارض مع المصلحة الخاصة ، جعلت الفكر القانوني في تنظيمه للعقد الإداري ، ينظر إلى المتعاقد مع الإدارة ، لا على أنه مجرد متعاقد عادي ، بل على اعتبار أنه إلى جانب صفته التعاقدية يؤدي واجب التعاون مع الإدارة في تسيير المرفق العام . وإذا كان السائد في الفكر القانوني هو منع المتعاقد مع جهة الإدارة من التمسك بعدم التنفيذ إلا أننا نجد بعضا من الفقهاء يمنحونه التمسك به ، إذا لم يكن في ذلك تعطيل لسير المرفق العام^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٧٣ هامش (١) .

(الفصل الثانى) (الإرادة المنفردة) مادة (١٦٢)

١- من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين
التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر
إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها .

٢- وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع
فى وعد بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل
قبل الرجوع فى هذا الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا
لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العلول للجمهور .

الشرح

٢٧٨- دور الإرادة المنفردة فى ترتيب الآثار القانونية :

يقصد بالإرادة المنفردة إرادة شخص واحد . وهى قادرة فى
القانون الوضعى على إنشاء آثار قانونية متعددة كإنشاء الأشخاص
الاعتبارية والوقف والمؤسسات الخاصة ونقل أو إنشاء الحقوق
العينية كما فى الوصية ، أو إنهاء هذه الحقوق ، كالنزول عن
ارتفاق أو عن رهن .

وهى قادرة كذلك على تصحيح عقد قابل للإبطال ، كما فى
الإجازة وعلى جعل العقد يسرى فى مواجهة من لم يكن طرفاً فيه ،

كإقرار الأصل لتصرف النائب الذى جاوز فيه حدود النيابة ، وإقرار المالك الحقيقى لبيع ملك الغير ، وقادرة أخيراً على إنهاء العقد ذى المدة غير المحددة . وفى بعض الحالات ولو كانت مدته محددة كالوكالة والعارية والوديعة .

أما فى دائرة الحقوق الشخصية أو الالتزامات فإن الإرادة المنفردة قادرة كذلك على إنهاء الالتزام كما فى الإبراء الذى ينزل بمقتضاه الدائن عن حقه فى ذمة المدين دول مقابل ^(١) .

ولم يبق من ثم سوى إنشاء الالتزام ، وهذا ما نعرض له فى البند التالى .

٢٧٩- هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام ؟

اختلف الراى فى هذه الحالة :

فهناك نظرية فرنسية تذهب إلى أن الإرادة المنفردة غير قادرة على أن تلزم صاحبها ، إذ يجب لذلك أن تجتمع بإرادة أخرى . فالالتزام الذى ينشأ من تصرف قانونى ، وهو الالتزام الإرادى ، لا يكون مصدره إلا العقد . وهذا هو الراى الذى ساد فقها وقضاء فرنسا وفى مصر فى ظل القانون القديم .

ولكن نظرية ألمانية ترى الإرادة المنفردة قادرة على أن تنشئ الالتزام . ويستند أنصارها إلى الحجج الآتية : (١) إذا كانت الإرادة

قادرة على أن تلزم عند اجتماعها بإرادة أخرى فإن هذه القدرة لا بد أن تتوفر لها عند انفرادها . والواقع أن من يتعاقد يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر . (٢) وتوافق الإرادتين الذى تستند إليه القوة الملزمة للعقد لا يتصور أن يكون تاما فى جميع الحالات . فلكى يتحقق هذا التوافق يتعين أن يكون هناك تعاصر بين الإرادتين ، أى يجب أن تصدران فى لحظة واحدة . وهذا يستحيل فى التعاقد بين غائبين . بل إنه لا يتحقق كذلك فى التعاقد بين حاضرين ، حيث تصدر أولا إرادة بالإيجاب ثم تتلوها إرادة أخرى بالقبول . إننا نفترض فى هذه الحالة وفى تلك أن الموجب بقى على إيجابه إلى أن صدر القبول ، وهذا مجرد افتراض . وهناك حالات ينعقد فيها العقد رغم التأكد من أن توافق الإرادتين لم يتم ، كما فى حالة عدول الموجب وعدم وصول هذا العدول إلا بعد أن علم بالقبول ، فيكون افتراض التوافق حينئذ على خلاف الحقيقة . فلماذا نفترض كل هذه الفروض ، والأولى أن نواجه الحقيقة ونقول إن الشخص يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة أخرى . فهو ينشئ التزاما فى ذاته بإرادته وحدها ، ويكون قبول الدائن مجرد انضمام تتطلبه حتى لا يكسب قانون إرادته . (٣) وليس فى المنطق القانونى ما يحول دون أن يلتزم شخص بإرادته . فالشخص حر فى أن يلزم نفسه بإرادته فى حدود

القانون . وليس هذا إلا تقرير لمبدأ سلطان الإرادة ، إذ هو أقصى ما يصل إليه هذا السلطان . أما تطلب ائتران الإرادتين فهو فى حقيقته من بقايا الشكالية للقيمة التى يجب أن تتحرر الإرادة منها . فقديما كانت الإرادة لاتنتج أثراً قانونيا إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة . ثم تطور للموقف فأصبح توافق الإرادتين كافياً لإنشاء الالتزام . فوجب بعد هذا أن نسير فى التطور إلى نهايته الطبيعية فنكتفى بإرادة واحدة لإنشاء الالتزام . ويصبح رضاء الدائن مطلوباً حتى لا يكسب الحق رغم إرادته ، ولكنه ليس هو الذى ينشئ الالتزام ، وإنما تنشئه إرادة المدين وحدها . (٤) وليس فى ذلك ما ينافى العدالة . صحيح أنه ليس من العدل أن يصبح الشخص دائناً بإرادته ، لأن هذا يؤدى إلى إفقار شخص آخر بدون رضاه . ولكن ليس هناك ظلم فى أن يصبح الشخص مديناً بإرادته . (٥) وفى الحياة العملية صور لا يستطيع قبولها قانوننا إلا من طريق الإرادة المنفردة . كما فى حالة الوعد بجائزة . فهذا الوعد يصدر من شخص يلزم نفسه بأمر نحو شخص غير معين قد يصبح دائناً رغم جهله بالوعد . وكما فى حالة الالتزام نحو شخص يموت أو يفقد أهليته قبل القبول ، إذ لا يمكن الالتزام من طريق العقد فى هذه الحالة .

وهناك اتجاه وسط يجعل العقد هو المصدر الإرادى الأول للالتزام وأن يحتفظ إلى جانبه بالإرادة المنفردة باعتباره مصدراً استثنائياً لقانوننا ،

وذلك فى الحالات التى تدعو الحاجة فيها إلى اعتبار هذه الإرادة مصدرا للالتزام .

وهذا الاتجاه هو ما يعتنقه الفقه الحديث فى ألمانيا وإيطاليا وفرنسا . وهو الذى يأخذ به التقنين الألمانى ، مع أن ألمانيا مهد نظرية الإرادة المنفردة . فلم يعتبر الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام ، وإنما جعلها مصدرا استثنائيا (م ٣٠٥) ^(١).

٢٨٠- موقف التقنين المدنى الجديد من الإرادة المنفردة :

سار القانون المدنى الجديد سيرة غيره من القوانين الحديثة فاعتبر الإرادة مصدرا للالتزام فى حالات معينة أى جعلها مصدرا استثنائيا للالتزام ، وعقد لها الفصل الثانى إثر انتهائه من الفصل الأول المخصص للعقد .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام فى المادة ٢٢٨ منه التى تقضى بأن " ١-إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا وكان لمدة معينة ، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه مادام هذا لم يرفضه .

٢- وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام .

(١) عبد المنعم الصده ص ٤١٦ وما بعدها .

٣- يبقى الإيجاب فى العقود خاضعا للأحكام الخاصة به ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور" إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة وجاء فى تقريرها تعليلا لهذا الحذف "واقترح حذفها عتولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشى التزاما " (١). وهذا يؤكد أن الشارع وقف عند حد اعتبار الإرادة مصدرا استثنائيا للالتزام (٢).

-
- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٣٨ ومابعدھا . .
- (٢) عبد المنعم الصده ص ٤١٩ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٦١ ومابعدھا- ويذهب الدكتور السهورى ص ١٠٨٤ إلى أنه بعد التعديل الذى أدخلته لجنة المراجعة لم تعد الإرادة مصدرا عاما للالتزام ، وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقره القانون ، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة ، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات . ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزامات مصدره القانون ، وحذف الفصل الخاص المعقود للإرادة المنفردة فى المشروع التمهيدى، وإمجاؤه فى الفصل المعقود القانون كمصدر مباشر للالتزام . وهذا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تقطعه فالقاعدة إذن فى القانون المدنى الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لابد أن يرد فى نص قانونى. ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر ، وهو الذى يعين أركانه ويبين أحكامه .

٢٨١- الشروط الواجب توافرها في التصرف الذي ينشأ بإرادة منفردة :

الإرادة المنفردة وقد غنت مصدرا للالتزام ، فإنه يسرى في هذا الخصوص الأحكام الخاصة بالعقد والتي عرضنا لها في موضعها- وذلك فيما يتعلق بالأهلية وخلو الإرادة مما يعيبها ومن حيث ضرورة قيام الالتزام على محل وسبب مستجمعين للشرائط اللازمة، ولا يستثنى من ذلك إلا ما يتعلق بتوافق الإرادتين ، وذلك لوجود إرادة واحدة هنا ^(١).

٢٨٢- تطبيقات الالتزام بالإرادة المنفردة :

للإرادة المنفردة تطبيقات متفرعة في نواحي القانون نذكر منها :

١- الإيجاب الملزم :

وقد ورد فيه نص المادة ٩٣ منى وقد عرضنا له سلفا ، ونذكرنا أن مصدر هذا الالتزام هو الإرادة المنفردة .

٢- المؤسسة :

وقد ورد فيه نص المادة (٥٦) من القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية التي تجرى على أن: " تنشأ المؤسسة الأهلية بتخصيص مال لمدة معينة أو غير معينة

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٢١ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٢١ -

محمود جمال الدين زكى ص ٢٠٨ .

لتحقيق غرض غير الربح المادى ، وتسرى فى هذا الخصوص أحكام المادة (١١) من هذا القانون .

والمادة (٥٧) التى تنص على أن " يكون إنشاء المؤسسة الأهلية بواسطة مؤسس واحد أو مجموعة من المؤسسين من الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية أو منهما معا . ويضع المؤسسون نظاما أساسيا يشمل على الأخص البيانات الآتية : ... " - وقد تناولنا ذلك بالشرح فى المجلد الثانى .

ويتضح مما تقدم أن إرادة المنشئ المنفردة توجد المؤسسة ، أى توجد شخصا اعتباريا ، وتنشئ التزاما فى ذمة صاحبها نحو هذا الشخص الاعتبارى .

٣- تطهير العقار المرهون :

وقد ورد فيه نص المادة ١٠٦٦ مدنى التى تنص بأن : " يجب على الحائز أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا بل ينحصر العرض فى إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة " .

ومؤدى ذلك أن حائز العقار المرهون يلتزم بإرائته المنفردة أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به للعقار وذلك بمجرد إظهار رغبته فى تطهير العقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانات على النحو الذى بينته المادة ١٠٦٥ مدنى .

٤- الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور :

وهذا هو الالتزام بالإرادة المنفردة الذى نص عليه القانون المدني فى الفصل المعقود للإرادة المنفردة فى المادة ١٦٢ ونعرض له بالتفصيل فيما يلى .

الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور

تتناول المادة ١٦٢ حالة الوعد بجائزة الذى يوجه إلى الجمهور ، بجائزة عن عمل معين لمن يقوم بهذا العمل ، مثل العثور على شئ ضائع ، أو لمن يضع أفضل بحث علمى فى موضوع معين ، أو لمن يفوز فى مسابقة ، أو لمن يكشف عن دواء أو مبيد لحشرة كنودة القطن إلى آخره . ونعرض لشروط هذا الوعد فيما يلى ^(١).

(١) ولم يكن القانون الملغى يورد نصا يحكم الوعد بالجائزة .

ولذلك قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الوعد بالجائزة قد صدر من المطعون عليها بعد إدلاء الطاعن بمعلوماته وأن هذا الوعد يخضع فى تكييفه للقانون المدني القديم الذى لا يعترف بالإرادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزام ، وأن ذلك يقتضى الرجوع إلى القواعد العامة لأحكام العقد التى توجب أن يتلقى الإيجاب والقبول - لما كان ذلك وكان التقنين المدني الملغى لم يورد نصا يحكم الوعد بالجائزة باعتباره صورة من صور الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة ولم يكن من الممكن رد الوعد بالجائزة إلا إلى أحكام العقد التى توجب أن يتلقى

٢٨٢- شروط الوعد بجائزة :

يشترط لتوافر الوعد بجائزة توافر الشروط الآتية :

١- أن يوجه الوعد إلى الجمهور :

يشترط أن يوجه الوعد إلى الجمهور أى إلى أشخاص غير معينين ، أما إذا وجه إلى شخص معين أو أكثر فنكون أمام إيجاب لا بد من أن يقترن به قبول ، وعندئذ ينعقد عقد هو الذى ينشئ الالتزام .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الوعد بالجائزة على ما تشترط المادة ١٦٢ من القانون المدنى يقوم أساسا على توافر أركان معينة منها أن توجه الإرادة إلى الجمهور أى إلى أشخاص غير معينين فإذا ما وجهت إلى شخص معين خرجت عن أن تكون وعدا بجائزة وسرت عليها قواعد الإيجاب فلا بد أن يقترن بها القبول وتصبح عقدا لا إرادة منفردة، وإذا كان الإقرار موضوع للنزاع لا يدعو أن يكون اتفاقا بين الطاعن وموكليه على قدر الأتعاب المستحقة له فإن شروط المادة ١٦٢ سالفة الذكر تكون قد تخلفت ويكون الحكم فيما انتهى إليه قد صادف صحيح القانون " .

(طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

القبول مع الإيجاب السابق عليه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون صحيحا إذ التزم هذا للنظر " .

(طعن رقم ٥٣٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦١/٣/٢٠)

٢- أن يكون توجيه الوعد إلى الجمهور عن طريق علني :

كأن يوجه الإعلان عن طريق الصحف أو المجلات أو الإذاعة أو التلفاز ، أو بتوزيع نشرات على الجمهور أو بالمناداة في الشوارع والطرق وغير ذلك . غير أنه يجب أن تكون العلانية كافية حتى يتيسر العلم لعدد كبير من الناس ^(١).

٣- أن يتضمن الوعد أمرين :

(الأول) جائزة معينة يلتزم الواعد إعطاؤها لمن يفوز بها ، أيا كان محل هذه الجائزة فيستوى أن تكون جائزة مادية في صورة مبلغ من النقود أو أسهم أو سندات أو نفقات رحلة ... الخ ، أو أن تكون أدبية كوسام أو شارة أو كأس .

(الثاني) شيئا معيناً يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة . وقد ضربنا أمثلة لذلك سلفاً .

٢٨٤- أحكام الوعد بجائزة :

(أ) الوعد الذي حددت له مدة :

إذا ما حدد الواعد مدة للعمل محل الجائزة أي وقتاً يكون للمتقدم للجائزة التقدم فيه بالعمل محل الجائزة . سواء كان هذا الموعد صريحاً أو ضمناً يستخلص من طبيعة الأمر الذي يدور حوله الوعد فإنه يتمتع على الواعد العدول عن الوعد خلال هذه المدة .

(١) للمنهوى ص ١٠٩٢ - محمود جمال الدين زكي ص ٢٠٩ .

فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل الذى رصد له الواعد الجائزة ، فإنه ينقضى التزام الواعد ، ولو قام شخص بهذا العمل . ولا يكون الواعد فى هذه الحالة مسئولاً نحو هذا الشخص بمقتضى الوعد ، ولكنه قد يكون مسئولاً نحو بمقتضى الإثراء بلا سبب^(١) .

أما إذا تحقق العمل المطلوب فقد استحق من قام به الجائزة سواء كان يعلم بالجائزة أو لم يعلم ، لأن مصدر الجائزة هو الإرادة المنفردة . ولأن المقصود هو أن يلتزم من يعد بإعطاء الجائزة بما تعهد بأدائه مادام للطرف الآخر قد قام بالعمل الذى خضعت الجائزة له ولو كان لم يعلم بهذا التعهد^(٢) .

كما لا يؤثر فى استحقاق الجائزة أن يكون قيامه بالعمل بعد الإعلان عنها أو قبله^(٣) .

(ب) - الوعد الذى لم تحدد له مدة :

إذا كان الواعد لم يحدد مدة معينة ليتم فيها العمل . تعين القيام بالعمل خلال المدة المعقولة التى يقرها القاضى ، لأن التزام الواعد

(١) السهورى ص ١٠٩٢ .

(٢) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ مجموعة الأعمال التحضيرية

جـ ٢ ص ٣٤٧ .

(٣) محمود جمال الدين زكى ص ٢١٠ - الدكتور المستشار محمد شتا

ص ١٠٤٠ .

معلق على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في وقت
يجدى فيه القيام بهذا العمل ويستوى أن يكون هذا الشخص قد علم
بالوعد أو لم يعلم به ^(١).

ويكون للواعد أن يرجع في وعده ، ولا قيد عليه في ذلك مادام
أن أحدا لم يحقق العمل المطلوب ، إلا أنه يجب أن يتم الرجوع بذات
العلانية التي تم بها الوعد . فإذا كان الإعلان بالجائزة عن طريق التلغراف
مثلا وجب أن يكون الرجوع عن طريق الإعلان بالتلغراف .

وإذا كان الإعلان في صحيفة واسعة الانتشار ، فإنه يجب أن
يتم ذلك في صحيفة لها هذه الصفة ، فإذا قام الواعد بنشر الرجوع
في صحيفة أقل انتشارا فإنه يكون سئ النية .

وهذا لا يخل بحق من بدأ في تنفيذ العمل في التعويض عن
الضرر ويستند هذا التعويض إلى المسؤولية التقصيرية . ويخضع
لتقدير القاضى .

وكان المشروع التمهيدى - كما عدلته لجنة المراجعة - ينص
فى الفقرة الثانية من المادة على أنه : " فإذا كان قد بدأ العمل دون
أن يتم جاز الحكم بتعويض عادل لا يجاوز فى أى حال قيمة
الجائزة " - إلا أن هذه العبارات حذفت فى لجنة القانون المدنى
بمجلس الشيوخ وجاء بتقريرها " وقد راعت اللجنة فى الحذف أن

(١) السهورى ص ١٠٩٣ وهامش (٢) - المستشار أنور طلبه ص ٢٦٨ .

تترك المسألة للقواعد العامة ، فضلا عن أن نص المشروع يفضى إلى منازعات كثيرة غير عادلة " (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يجب التفريق بصدد هذا الوعد بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده ، وبين ما إذا كان قد ترك المدة دون تحديد .

ففى الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائيا بمشيئته وحدها ، دون أن يكون له أن يعدل عن وعده ، خلال المدة المحددة ، فإذا انقضت هذه المدة ، ولم يقم أحد بالعمل المطلوب ، تحلل الواعد من وعده ، ولو أنجز هذا العمل فيما بعد . أما إذا أتم القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة ، فيصبح من قام به دائناً بالجائزة من فوره ، ولو لم يصدر فى ذلك عن رغبة فى الحصول عليها ، بل ولو كان جاهلاً بالوعد. وفى هذا ما ينفى عن الوعد بالجائزة صفته العقدية ، فهذه الصفة ليست فى رأى المشروع من مستلزماته .

أما فى الحالة الثانية ، حيث لا يحدد أجل لأداء العمل المطلوب ، فيلتزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر من جانبه . ولكن ، يكون له أن يعدل عنه ، وفقا للأوضاع التى صدر بها ، بأن يحصل العول علنا بطريق النشر فى الصحف أو اللصق مثلا . ولا تخلو الحال فى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٤٧ .

الفترة التي تمضى بين إعلان الوعد والرجوع فيه من أحد فروض
ثلاثة :

(أ) فإذا لم يكن قد بدئ فى تنفيذ العمل المطلوب تحلل الواعد
نهائيا من نتائج وعده .

(ب) وإذا كان قد بدئ فى تنفيذ هذا العمل ، دون أن يبلغ مرحلة

على أن لايجاوز فى ذلك قيمة الجائزة الموعود بها ولا يعتبر الوعد
الذى عدل عنه أساسا لهذا الالتزام ، بل هو يرد فى أساسه إلى
أحكام المسؤولية التقصيرية المقررة فى نصوص القانون وتسقط هذه
المسؤولية فى حالتين : أولاها حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أنفق
بانقضاء سنة أشهر من يوم إعلان الرجوع فى الوعد . والثانية
حالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق ،
لو أن ما بدئ فى تنفيذه قد تم ، إذ تنعدم فى هذه الحالة ، رابطة

السببية بين الضرر الذى أصاب من تحمل النفقات ورجوع الواعد
فى وعده . وكذلك يكون الشأن ، فى حالة البدء فى تنفيذ العمل
المطلوب قبل إعلان العدول ، وإتمامه بعد هذا العدول .

(ج) أما إذا كان العمل المطلوب قد تم بأسره قبل إعلان العدول،
فغنى عن البيان أن الجائزة تصبح واجبة الأداء ، بمقتضى الوعد
المعقود بمشينة الواعد وحده^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٤٠ .

٢٨٥- متى لا يلزم الإعذار قبل المطالبة بقيمة الجائزة؟

لا يلزم الإعذار قبل المطالبة بقيمة الجائزة إذا كان تنفيذ الالتزام بتسليم الجائزة إلى الفائز بها غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ من القانون المنقح والمادة ٢٢٠ من ذات القانون أن الوعد بالجائزة يرتب في نمته التزاما بإيرادته المنفردة من وقت توجيه هذه الإرادة إلى الجمهور لدائن غير معين يلتزم بإعطاء الجائزة إذا قام بالعمل المطلوب . وأن إعذار الدائن مدينه لا يكون واجبا إذا أصبح الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص - استنادا إلى أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق - أن مؤسسة الأهرام التى يمثلها الطاعن هى الواعدة بالجائزة ومن ثم تكون صاحبة الصفة فى التقاضى ، وأن تنفيذ التزامها عينا أضحى غير مجد بفعلها وإذ قضى برفض الدفعين المبدئين من الطاعن بصفته فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحي النعى عليه بهذا السبب على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٨)

٢٨٦- سقوط دعوى المطالبة بقيمة الجائزة بالتقادم :

خص الشارع الحالة الواردة بالفقرة الثانية من المادة ، وهى التى يرجع فيها الواعد عن وعده ويكون هناك من قام بالعمل المطلوب قبل الرجوع ، بحكم خاص ، يتعلق بالمدة التى يجب أن ترفع الدعوى خلالها . فنص على أنه فى هذه الحالة تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور .

وهذه المدة ، مدة سقوط لا مدة تقادم ، فلا يرد عليها وقف ولا انقطاع . وقد جعلها الشارع كذلك كى يقطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يرد بها استغلال الوعد بالجائزة بعد إعلان العدول ، وبحسم المنازعات التى تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة فضلا عن صعوبة الإثبات .

أما فيما عدا هذه الحالة حيث تكون قد حددت مدة ووجد من يستحق الجائزة أو لم تحدد مدة ولم يعدل الواعد ولكن وجد من يستحقها ، فإن دعوى المطالبة لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، شأن كل التزام إرادى لم يرد لتقادمه نص خاص ^(١).

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٦٧ - الدكتور المستشار محمد شتا ص ١٤٠ وما بعدها .

٢٨٧- مسائل لم تعرض لها المادة :

هناك بعض المسائل التي تثار بصدد الوعد بجائزة للجمهور ،
لم تعرض لها المادة ، ومن ثم فإنه يقضى فيها وفقا للقواعد العامة ،
ومثل ذلك :

١- أن ينفذ العمل الذي بذلت الجائزة من أجله ، أكثر من
شخص واحد فيكون الجائزة للأسبق .

٢- أن يتعدد المنفذون في وقت واحد فإن الجائزة تكون بالسوية
بينهم .

٣- أن يستعاون عدة أشخاص في تحقيق النتيجة التي بذلت
الجائزة من أجلها ، فإنه يجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم ،
على أساس تقدير عادل ، قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب في
تحقيق هذه النتيجة ^(١).

(١) تصريح عبده محرم بك أثناء مناقشة المادة بلجنة القانون المدني بمجلس
الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٤٥) - وقد جاء
بمذكرة الشروع التمهيدية أنه :

"وليس يبقى ، بعد هذا سوى بعض مسائل تفصيلية عرضت لها
التقديرات الأجنبية بأحكام تشريعية خاصة ، وأغل المشروع ذكرها ،
مكتفيا في شأنها بتطبيق المبادئ العامة . فالمادة ٦٥٩ من التقنين
الألماني تنص على أنه " إذا نفذ العمل الذي بذلت الجائزة من أجله ،
أكثر من شخص واحد كانت الجائزة للأسبق . فإذا تعدد المنفذون في
وقت واحد كانت الجائزة سوية بينهم " (أنظر أيضا المادة ١٧ من

التقنيين التونسي والمراكشي) . وكذلك تنص المادة ٦٦٠ من التقنين الألماني على أنه " إذ تعاون عدة أشخاص في تحقيق النتيجة التي بذلت الجائزة من أجلها ، وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم ، على أساس تقدير عادل ، قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب في تحقيق هذه النتيجة " ويقضى التقنين البولوني في المادة ١٠٦ ببطلاق " الوعد الموجه إلى الجمهور بمنح جائزة لأفضل عمل يقدم في مسابقة ، إذا لم يحدد الإعلان ميعادا للتقدم في هذه المسابقة . ويكون للواعد الحق في تقدير ما إذا كان هناك محل لمنح الجائزة ، ولأي عمل بمنح ، إلا إذا كان قد بين في إعلانه ، طريقا آخر للفصل في نتيجة المسابقة ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذي استحق الجائزة ، أو حقوق منشئه فيه ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان " (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٤٠ وما بعدها) .

(الفصل الثالث)
(العمل غير المشروع)
مادة (١٦٢)

كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

الشرح

٢٨٨- المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية :

يقصد بالمسؤولية المدنية بوجه عام المسؤولية عن تعويض الضرر
الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول .

وتنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية.
والمسؤولية العقدية هي تلك التي تترتب على عدم تنفيذ الالتزام
الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه ، كمسؤولية المقاول عن
التأخر في إقامة البناء الذي تعهد ببنائه عن الميعاد المتفق عليه ،
ومسؤولية البائع الذي يتصرف في المبيع بعد البيع عن عدم نقل ملكيته
إلى المشتري .

أما المسؤولية التقصيرية فهي التي تقوم على الإخلال بالتزام
قانوني وهو التزام بعدم الإضرار بالغير وهو التزام عام واحد لا يتغير
حيث يلتزم المسؤول بتعويض الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بهذا
الالتزام الذي ينشأ دون علاقة عقدية بين المسؤول والمضرور .
كمسؤولية سائق السيارة الذي يقودها دون حيلة فوصيب إنساناً أو
يتلف مالا .

٢٨٩- وحدة المسؤولية المدنية :

كان السائد حتى أواخر القرن الماضى أن المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تتميزان عن بعضهما من جميع النواحي ، فهما تختلفان من حيث الأساس إذ مصدر المسؤولية العقدية ، العقد أما التقصيرية فمصدرها القانون ، فضلا عن الأولى تتصل بأثر الالتزام أما الالتزام فمصدره العقد فى حين أن الثانية تتصل بمصدر الالتزام وحيث لا توجد من قبل أية رابطة بين المسئول والمضروب وهما مختلفتان كذلك من حيث التنظيم ، إذ تختلف كل منهما عن الأخرى من حيث الشروط اللازمة لتحريك كل منهما من حيث مباشرة كل منهما ومن حيث آثار كل منهما .

لكن منذ أواخر القرن التاسع عشر بدأ اتجاه عكسى يذهب إلى أن المسؤولية واحدة وليست مزدوجة ، ولا اختلاف بين المسئولين لا من حيث الأساس ولا من حيث التنظيم أو الآثار ، وإن وجدت ثمة فروق بينهما فهى فروق بسيطة بحيث لا تستأهل إقامة ذلك التعارض المزعوم بين المسئولين^(١).

وقد انتهى هذا الخلاف إلى التسليم بأن المسئولين يتحدان فى الأساس ولكن تقوم بينهما مع ذلك فروق لها من الأهمية ما يستوجب التمييز بينهما .

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٧٦ ومابعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٢١٤ ومابعدها .

وعليه يبين أولاً أساس المسئوليتين ثم نقف بعد ذلك على حقيقة ما بينهما من فروق :

٢٩٠- أساس المسئوليتين :

الأساس واحد فى المسئوليتين . وهو الخطأ الذى يعنى الإخلال بالتزام سابق . ويستوى بعد ذلك أن يكون مصدر هذا الالتزام هو العقد أو العمل غير المشروع .

إلا أنه إلى جانب ذلك يجب أن نراعى أمراً له أهميته . ذلك أنه فى المسئولية العقدية كان الدائن والمدين مرتبططين بعقد قبل أن تتحقق المسئولية . فالالتزام الذى يقع الإخلال به فى هذه المسئولية ينشأ عن علاقة نظمته إرادة الطرفين . وبذلك يكون الالتزام بالتعويض فى هذه المسئولية مرتبطاً بالالتزام الناشئ من العقد .

أما فى المسئولية التقصيرية فقد كان الدائن والمدين أجنبيين قبل أن تتحقق المسئولية . فالإخلال الذى يقع فى هذه المسئولية ليس إخلالاً بالتزام معين نظمته إرادة الطرفين ، وإنما هو إخلال بالتزام عام يفرضه القانون ، ويقضى بحم الإضرار بالغير ^(١).

ويترتب على اختلاف هذا الوضع فى المسئوليتين فروق لها أهميتها وتوجب التمييز بينهما .

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٣٢ .

٢٩١- الفروق التى توجب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية :

١- من حيث الأهلية :

تستلزم المسؤولية العقدية توافر أهلية الأداء التى يستلزمها القانون الموضوعى الذى يحكم التصرف لأنها تركز على الإرادة وأهلية الأداء الكاملة تثبت ببلوغ الشخص ٢١ سنة ميلادية كاملة . أما أهلية الالتزام الناشئ عن المسؤولية التقصيرية ، فتتوافر بمجرد التمييز (١).

وعلى ذلك فإن ناقص الأهلية لا يستطيع أن يشغل مسئوليته العقدية فى حين أنه يستطيع أن يلتزم عن طريق عمله غير المشروع بل إنه إذا دفع الضرر عن شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعىا فى ذلك مركز الخصوم (م ٢/١٦٤ منى) .

٢- من حيث الإعذار :

فى المسؤولية العقدية ، لا يكفى وقوع الخطأ أو تقصير المدين لتوافر المسؤولية ، بل إنه على ما تقضى المادة ٢١٨ من القانون المدنى لا يستحق التعويض عن استحالة التنفيذ عينا إلا بعد إعذار المدين .

(١) الأستاذ مصطفى مرعى المسؤولية المدنية فى القانون المصرى الطبعة الأولى ١٣٥٥ - ١٩٣٦ ص ٢ وما بعدها - المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية للطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ١٤ وما بعدها .

أما في المسؤولية التقصيرية فلا حاجة إلى إغذار المسئول لسدفع التعويض لأنه يكون معذرا بحكم القانون^(١).

٣- من حيث درجة الخطأ :

في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام بتحقيق غاية توافرت المسؤولية عند عدم تحقق النتيجة ولو لم يثبت بجانبه أى خطأ مادام لم يثبت السبب الأجنبي . وإذا كان الالتزام ببذل عناية فإن الخطأ يقدر بمقياس الرجل العادى فلا يسأل المدين عن خطئه اليسير جدا أى الخطأ الذى لا يستطيع تحاشيه سوى الرجل الحريص وإنما يسأل عن الخطأ اليسير أى عن الخطأ الذى يستطيع تحاشيه الرجل العادى .

أما في المسؤولية التقصيرية فيسأل الفاعل عن كل خطأ مهما كان يسيرا ولو كان الرجل العادى لا يستطيع تفاديه^(٢).

٤- من حيث عبء الإثبات :

ليس على المدعى فى المسؤولية العقدية أن يثبت سوى التعاقد ، فيقع على عاتق المدين أن يثبت إما أنه أوفى بما تعهد به وإما أن عدم وفائه يرجع إلى سبب أجنبي عنه . والغالب أن يكون التعاقد سهل الإثبات أو معترفا به .

(١) الدكتور سليمان مرقس المسؤولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية - القسم الأول الأحكام العامة طبعة ٩٧١ ص ١١٣ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٢ ومابعدا .

أما في المسؤولية التقصيرية فعلى الإثبات يقع على الدائن (المضرور) إذ يلزمه أن يقيم للدليل على خطأ المسئول ، وهو عبء ثقل ومن أجل ذلك كانت المسؤولية العقدية وسيلة من الوسائل الفنية التي لجأ إليها القضاء كي يخفف من تلك العبء ، فاعتبر عقد النقل وبعض عقود أخرى ، متضمنة للالتزام بضمان السلامة ^(١).

٥- من حيث مدى التعويض :

لا يكون التعويض في المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المباشر المتوقع فيما عدا حالتى الغش والخطأ الجسيم . وذلك لأن المتعاقدين هما اللذان أنشأ الالتزام بإرادتهما ، فهما اللذان حددا مدى التعويض عند الإخلال به . ولم يدخل فى حسابهما ضرر لم يتوقعاه ، وبذلك لا يكون الضرر غير المتوقع داخلا فى التعاقد فلا يجب التعويض عنه . أما فى المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن الضرر المباشر كله سواء كان متوقعا أو غير متوقع (م ٢٢١ مدنى) وذلك لأن الالتزام الذى حصل الإخلال به فى هذه المسؤولية قد أنشأه القانون وحدد مداه دون دخل لإرادة المتعاقدين ، ولهذا وجب التعويض عن كل الضرر المباشر كما هو الأصل ^(٢).

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٧٩ - محمود جمال الدين زكى ص ٢١٥

ومابعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٤٣٥ - مصطفى مرعى ص ٤ ومابعدها .

٦- من حيث التضامن :

إذا تعدد المسئولون فى المسئولية العقدية ، فإن التضامن بينهم لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) . وذلك لأن إرادة المتعاقدين عند تعدد المدينين هى التى تحدد مدى اشتراك كل مدين فى المسئولية . أما إذا تعدد المسئولون فى المسئولية التقصيرية كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض .

٧- من حيث الاتفاق على الإعفاء من المسئولية :

يجوز الاتفاق فى المسئولية العقدية على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه (م ٢/٢١٧ مدنى) .

أما فى المسئولية التقصيرية فإنه يقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة عليها (م ٣/٢١٧) .

٨- من حيث التقادم :

تسقط الدعوى الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات (م ١/١٧٢ مدنى) . تبدأ من اليوم الذى علم فيه المضرور

بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وفى أى الأحوال تسقط بمضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع . وإذا كانت الدعوى ناشئة عن جريمة ، فلا تسقط دعوى التعويض إلا بسقوط الدعوى الجنائية ، أى أنه تتغير مدة سقوط دعوى التعويض الناشئة عن جريمة بنوع الجريمة الواقعة .

أما فى المسئولية العقدية ، فإنه يجب الرجوع إلى النصوص القانونية التى أبرمت العقود طبقا لأحكامها . والقاعدة العامة هى أن يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة (٣٧٤ مدنى) فيما عدا الحالات التى قرر لها لقانون حكما خاصا .

٩- من حيث الاختصاص :

تكون محكمة المدعى عليه فى الأحوال التعاقدية هى المختصة ما لم يتفق على غير ذلك ، أو حسبما يقرر القانون (قانون التجارة مثلا) تعيين الاختصاص . أما فى المسئولية التقصيرية فالمحكمة المختصة هى على الدوام محكمة المدعى عليه عملا بالقاعدة العامة ، من أن المدعى يسعى إلى المدعى عليه فى محكمته ، كما قد تكون فى محكمة المكان الذى وقع فيه الفعل (الجريمة أو شبه الجريمة) المنشئ للالتزام . وذلك مع إمكان رفع الدعوى المدنية عن التعويض أمام المحكمة الجنائية التى تنظر الدعوى العمومية ^(١).

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٣٦ .

٢٩٢- تحديد نطاق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية :

تحديد نطاق المسئولية التقصيرية لا يتحدد إلا فى ضوء نطاق المسئولية العقدية ، لأن ما يخرج من نطاق المسئولية العقدية يدخل فى حوزة المسئولية التقصيرية ، ومن ثم فإنه يجب أولاً تحديد نطاق المسئولية العقدية ، ليكون ما يخرج من نطاقها داخلاً فى حوزة المسئولية التقصيرية .

ويشترط لتوافر المسئولية العقدية تحقق الشروط الآتية :

١- وجود عقد بين الطرفين :

فإذا لم يوجد عقد بين الطرفين ، فلا تكون المسئولية عقدية ، كما هى الحال عندما يجامل صديق صديقه فيدعوه للركوب معه فى عربته أو يدعوه لتناول الغذاء وكما هى الحال فى الخطبة .
فإذا وقع خطأ فى مثل هذه الحالات أدى إلى ضرر كانت المسئولية تقصيرية .

وكذلك إذا أدى شخص من تلقاء نفسه خدمة لآخر دون أن ينتظر منه مقابلاً كشخص فى الطريق يوقف جواد جامحاً ، أو قائد سيارة ينقل مصاباً فاقد الوعي إلى مستشفى ، أو جار يطفئ فى غيبة جاره حريقاً شب فى منزله . فلا تنشأ شبهة فى انتفاء العلاقة العقدية بينهما لعدم التراضى ويعتبر العمل فى هذه الحالات فضالة^(١).

(١) الدكتور محمود جمال الدين زكى مشكلات المسئولية المدنية الجزء الأول

وفى المرحلة التى تسبق العقد ، وهى مرحلة الدعوة إلى التعاقد، فالمسئولية لا تكون إلا تقصيرية لأننا لم ندخل فى نطاق الإرادة الملزمة . غير أنه فى حالة الإيجاب الملزم يكون الموجب قد التزم بإرادته المنفردة أن يبقى على إيجابه إلى أن ينقضى الميعاد المعين (م ٩٣) ، فإذا عدل عن إيجابه قبل انقضاء هذا الميعاد انطبقت أحكام المسئولية العقدية كما رأينا سلفا .

وكذلك فى فترة ما بعد انتهاء العقد ، فإن المسئولية لا تكون إلا تقصيرية .

ومثل ذلك أن يلتحق عامل - بعد أن انتهى عقده - بخدمة مصنع منافس وأقصى له بسر ما تعلمه عند الأول ، أو ينهى أحد طرفى عقد عمل غير محدد المدة العقد بإنهاء تعسفيا فإن المسئولية تقوم فى الحالين وتكون مسئولية تقصيرية ^(١).

ويجب أيضا أن يكون العقد الذى حصل الإخلال به قائما بين الدائن والمدين . فلو أن أجنبيا جعل أحد طرفى العقد يخل بالتزامه كانت المسئولية عقدية بين الطرفين وتقصيرية بين الأجنبى والطرف المضرور . مثل ذلك أن يحرض صاحب مصنع مهندسا يعمل فى مصنع آخر على ترك هذا المصنع قبل انتهاء العقد كى يلتحق

(١) أحمد حشمت أبو ستيت من ٣٨٤ ومابعدها - عبد المنعم الصده من ٤٣٧ ومابعدها .

بخدمته ، إذ تكون المسؤولية عقدية بين المهندس وصاحب المصنع
الثانى لقيام عقد بينهما ، وتكون المسؤولية تقصيرية بين المحرض
وصاحب المصنع الثانى لعدم وجود عقد بينهما فالإخلال الذى يولد
المسؤولية العقدية هو الذى يقع من طرف العقد أو من شخص أحله
هذا الطرف محله فى تنفيذ الالتزام على ما سنراه فى المسؤولية عن
فعل الغير .

ويعتبر طرفا فى هذا المعنى أيضا الخلف العام ، والخلف الخاص
فى الحدود التى عرفناها ، وكذلك المنتفع فى الاشتراط لمصلحة
الغير .

فإذا أمن شخص على مسؤوليته وتحققت المسؤولية كانت مسؤولية
الشركة نحو المؤمن له مسؤولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين ،
ولكن مسؤولية المؤمن له نحو المضرور تكون مسؤولية تقصيرية
لأنه ليس بينهما عقد . وإذا كان المؤمن له قد اشترط فى العقد
لمصلحة المضرور كانت مسؤولية الشركة نحو المضرور مسؤولية
عقدية طبقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير ^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٣٨ - محمود جمال الدين زكى فى مشكلات
المسؤولية المدنية ص ١٧٩ وما بعدها .

٢- أن يكون العقد المبرم بين الطرفين صحيحا :

لا يكفى لقيام المسؤولية العقدية ، وجود عقد بين المسئول والمضروب ، بل يجب أن يكون هذا العقد صحيحا . فإذا كان العقد باطلا ، أو كان قابلا للإبطال وتقرر بطلانه ، لا يمكن أن تثور بين طرفيه سوى مسؤولية تقصيرية .

فإذا وقع العقد باطلا ، انعدم وجوده القانوني ، ولا يمكن أن يكون مصدرا لمسؤولية عقدية بين طرفيه ، إذا امتنع أحدهما عن تنفيذه ، أورد ما تسلمه بمقتضاه لأنه للمسؤولية العقدية تفترض الإخلال بالتزامات عقدية ، حين أن العقد الباطل لا ينشئ أى التزام . وإذا كان العقد قابلا للإبطال لنقص أهلية أحد طرفيه أو لعيب شاب رضاه ، فإنه مع ذلك ينتج جميع آثاره القانونية كما لو نشأ صحيحا . وتقوم المسؤولية العقدية قبل التعاقد الذى يخل بتنفيذ الالتزامات التى نشأت بمقتضاه فى نمته طالما لم يتمسك ذو المصلحة بإبطاله فإذا تمسك بإبطاله زال الوجود القانوني للعقد منذ إبرامه واعتبر كأن لم يكن تطبيقا للأثر الرجعى للبطلان . ولا تقوم قبل التعاقد الآخر ، الذى امتنع عن تنفيذه لية مسؤولية عقدية (١) .

فإذا تعهد شخص بتوريد جوهر مضر أو بتهريب مواد ممنوعة ، ثم لم يف بما تعهد ، فلا مسؤولية عليه ، لأن العقد باطل لعدم مشروعية محله .

(١) محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسؤولية المدنية ص ١٦٦ وما بعدها .

٣- أن يخل أحد العاقدين بعد انعقاد العقد وقبل انحلاله بأى طريق من طرق الانحلال بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد :

فإذا كان الضرر الذى وقع ليس ناشئا من الإخلال بالتزام متولد عن العقد ، فلا تكون المسؤولية عقدية ، وإنما تكون المسؤولية تقصيرية . مثل ذلك أن الواهب لا يضمن خلو الشئ الموهوب من العيب إلا إذا تعدد إخفاء العيب أو ضمنه ، فإذا ظهر فى غير هاتين الحالتين عيب ترتب عليه ضرر للموهوب له فإن مسؤولية الواهب تكون تقصيرية^(١) .

وإذا وقع للمشتري تعرض مادي من الغير فلا يسأل البائع عن ذلك مسؤولية عقدية لأن التزامه الناشئ عن عقد البيع مقصور على ضمان التعرض للقانونى الصادر من الغير دون التعرض المادى^(٢) .

ومن هنا يتعين تحديد الالتزامات التى ينشئها العقد حتى يعتبر الإخلال بها محققا للمسؤولية العقدية . وهذا ما يصل إليه القاضى فى تحديده لمضمون العقد وفقا لما ذكرناه فى موضعه من الموسوعة .

غير أنه يراعى فى هذا الصدد أنه يستوى أن تكون الالتزامات الناشئة عن العقد ، قد فرضتها الإرادة ، دون تمييز بين التزام

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٣٩ وما بعدها .

(٢) سليمان مرقس فى المسؤولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ص ٣٧ .

رئيسى أو غير رئيسى ، أو يكون القانون هو الذى رتبها ، وبالنسبة لهذه مستوى أن يكون الالتزام قد فرضه نص مفسر أو مكمل أو فرضه نص آخر (١).

٢٩٣- عدم الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية :

قد يحصل أن تتوافر فى الفعل الواحد شروط للمسؤوليتين العقدية والتقصيرية معا . ومثل ذلك أن يسرق أمين النقل أو أحد أقباعه الشئ الذى كلف بنقله فالسرقة نوع من أنواع الخطأ الذى يبيح المساءلة بقطع النظر عن أى عقد يمكن أن يكون السارق طرفا فيه ، والسرقة فى ذات الوقت مخالفة لأحكام عقد النقل . ومخالفة العقد تبيح مساءلة العاقد المخالف مساءلة عقدية .

وفى هذه الحالة فالرأى متفق على أنه لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسؤوليتين . فلا يجوز له أن يطالب بتعويضين ، أحدهما على أساس المسؤولية العقدية والآخر على أساس المسؤولية التقصيرية . وذلك لأن الضرر للواحد لا يصح التعويض عنه مرتين .

ولا يجوز للمضرور أن يطالب إلا بتعويض واحد ، ولكن له أن يجمع فى دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسؤولية العقدية كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه ، ومن خصائص

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٨٩ .

المسئولية التقصيرية ، كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك ببطان الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية .

ولا يجوز للمضرور إذا رفع دعوى على أساس إحدى المسئوليتين وحدها أن يرفع دعوى ثانية على أساس المسئولية الأخرى. وذلك لأن حجية الشيء المقضى تحول دون ذلك ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن الراجح فى باب قوة الشيء المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه - كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعا من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) فمهما كانت طبيعة المسؤولية التى بحثها القاضى فى حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى فى طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى فى حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع الضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالا بالاقضاء على انتفاء

(١) المتهورى ص ٦٢٥ وما بعدها - محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسؤولية المدنية ص ٤٦٨ وما بعدها - مصطفى مرعى ص ٢١ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٩٠ وما بعدها .

مسئولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أيا كانت المسؤولية التي أسس عليها طلبه عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله فى دعوى التعويض ، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/١/٥)

٢- " متى انتهى الحكم إلى أن الاتفاق بين الطاعن والمطعون ضده على إصلاح الخلل الذى نشأ فى مبنى الأخير بسبب عملية ذلك الأساسات - ليس من شأنه أن يغير من نوع مسؤولية الطاعن فيجعلها عقدية بعد أن كانت تقصيرية وأن قبول هذا الطاعن الالتزام بما التزم به بمقتضى هذا الاتفاق يعتبر إقراراً منه بوقوع الخطأ من جانبه وكان الحكم قد اعتبر مسؤولية الطاعن تقصيرية فإنه لا يكون قد جمع بين هذه المسؤولية والمسئولية العقدية " .

(طعن رقم ٣١١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠) (١)

(١) وقررن نقض جنائى طعن رقم ٦٨٧ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٣/٨ فقد

جاء به :

" ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس المسؤولية التقصيرية ، والمدعى لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية ، إن صح له أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية ، فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذى رفعها صاحبها به ، فإنها

٢٩٤- عدم جواز الخيرة بين المسئولين :

إذا توافرت في الدعوى شروط المسئولية العقدية وفي ذات الوقت توافرت فيها شروط المسئولية التقصيرية . فقد ثار الخلاف عما إذا كان يجوز للدائن الخيار بين دعوى المسئولية العقدية وبين دعوى المسئولية التقصيرية بحيث يختار منهما ما يحقق له مصلحته، أم أنه يتعين رفع دعوى المسئولية العقدية فقط .

فذهب رأى إلى أن للدائن أن يختار بين الدعويين . لأن الخطأ مهما تنوعت صفاته لا يبيح إلا حقا واحدا في التعويض ، والحق الواحد لا يتعدد بتعدد الوسائل المؤدية إليه ^(١).

بينما ذهب رأى الغالب إلى أنه لا يجوز للدائن أن يختار إحدى المسئوليتين . ذلك أنه مادام هناك عقد فلا يصح للدائن أن يرفع سوى دعوى المسئولية العقدية . لأن الدائن لا يعرف المدين إلا من طريق العقد ، ومن ثم فكل علاقة بينهما بسبب هذا العقد يجب أن يحكمها للعقد وحده . كما أن المسئوليتين متعارضتان ، إذ تقوم المسئولية العقدية بين متعاقدين يربطهما عقد بينما تقوم المسئولية التقصيرية بين أجنبيين ولا يمكن أن يجمع الشخص بين وصف

إن فعلت تكون قد حكمت بما لم يطلبه الخصوم ، وهذا غير جائز في القانون .^٢

(١) ومن أنصار هذا رأى مصطفى مرعى ص ٢١- محمود جمال الدين زكي في مشكلات المسئولية المدنية ص ٥١٧ وما بعدها .

للمتعاقدين والغير في وقت واحد ، بل يجب الوقوف عند حد المسؤولية التعاقدية ^(١).

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي الغالب في الفقه إذ قضت بأن :

١- " إنه وقد اعتبرت الطاعة (المرسل إليها) طرفاً ذا شأن في سند الشحن فإن العلاقة بينهما وبين الشركة المطعون ضدها (للاقتالة) يحكمها سند الشحن وحده ، وهذا السند هو الذي يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفي الحدود التي رسمها ذلك السند وهي حدود لا تترتب عليها إلا المسؤولية العقدية ، وليس للطاعة أن تلجأ إلى المسؤولية التقصيرية إذ أساسها الإخلال بالتزام فرضه القانون ، والالتزام في خصوصية النزاع لا مصدر له إلا سند الشحن مادامت الطاعة لم تدع أن العجز نتج عن إقرار المطعون ضدها لفعل يحرمه القانون " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥)

٢- " دل المشرع بإفراجه لكل من المسؤولين التعاقدية والتقصيرية أحكاماً مستقلة تختص بها دون الأخرى على النحو السالف الإشارة

(١) السهوري ص ٦٢٦ - عبد المنعم الصده ص ٤٤٣ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٩٢ - المستشار عز الدين الدناصري والدكتور عبد الحميد الشولبي المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء طبعة ١٩٨٨ ص ٢١ - سليمان مرقس في المسؤولية المدنية ص ٩٤ .

إليه ، على أنه وضع المادة ١/١٧٧ لحماية غير المتعاقدين فى حالة تهمد للبناء أو جزء منه ، لما من يربطه بحارس البناء عقد لإيجار فإن أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدنى الواردة فى الفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى التى تنظم عقد الإيجار تكون هى وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسئولية المؤجر . ولايغير من ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى تعليقا على المادة ٢/٥٦٥ الواردة فى الكتاب الثانى ضمن أحكام عقد الإيجار من أنه " إذا كان بالعين المؤجرة عيب يعرض صحة المستأجر ومن معه لخطر جسيم وأصابه من ذلك ضرر بالفعل . وثبت خطأ فى جانب المؤجر فإن المستأجر يستحق التعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، ويجوز له أيضا أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد تنازل عن هذا الحق مقدما لأن الأمر يتعلق بالنظام العام " ذلك أنه وقد خلت هذه المادة من عبارة " طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية " وورد نصها آمرا فى تنظيم أحد التزامات المؤجر المترتبة على العقد فإنه لا يخرج مسئولية المؤجر - فى خصوص هذا الالتزام - عن طبيعتها ولايحيلها إلى مسئولية تقصيرية وذلك ما لم يثبت أن المؤجر ارتكب خطأ جسيما أو غشا أو فعلا يؤثمه القانون على النحو السالف بيانه " .

(طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٦/٤/١٩٦٨)

٣- " متى كانت الطاعة (شركة التأمين) أسست دعواها قبل النقل بطلب قيمة التعويض عن الضرر الذى لحق بها بسبب تلف البضاعة أثناء النقل ، على العقد الذى تم بموجبه نقل هذه البضاعة فإنه لا محل لما تنثيره الطاعة من أن ما تضمنه ذلك العقد من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية هو شرط باطل فى نطاق المسؤولية للتقصيرية ، ولا على الحكم للمطعون فيه وقد تبين أن المسؤولية أساسها العقد ، إن هو لم يمرض لما تدعيه الطاعة من أن لها حقا فى الاختيار بين المسئوليتين ولم يجر تطبيق أحكام المسؤولية للتقصيرية بصدد هذا الشرط " .

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٣)

٤- (أ) - " إذ خص المشرع المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كل منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسئوليتين فى تقنينه موقعا منفصلا عن المسؤولية الأخرى فقد أفصح بذلك عن رغبته فى إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين ، فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد ، فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر فى القانون بشأنه ، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد ، سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه ، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية للتقصيرية التى لا يرتبط الضرر فيها بعلاقة عقدية سابقة ، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية للتقصيرية فى مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة

الملزمة له ، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن للفعل الذى ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانونى ، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد .

(ب) - " إن المشرع قد جاء بنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى الخاص بمسؤولية حارس البناء ضمن النصوص المتعلقة بالمسؤولية عن العمل غير المشروع لحماية غير المتعاقدين فى حالة تهم البناء أو جزء منه ، أما من يربطه بحارس البناء عقد إيجار ، فإن أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدنى التى تنظم أحكام عقد الإيجار تكون هى وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسؤولية المؤجر .

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٤٧ قى جلسة ١/٢٧ / ١٩٨١)

٥- (أ) - " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كانت العلاقة التى تربط طرفى الدعاوى علاقة تعاقدية ، وكان الضرر الذى لحق بأحد المتعاقدين نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزامه التعاقدى ، فإن أحكام العقد والمسؤولية العقدية تكون هى الواجبة التطبيق ما لم يرجع الضرر إلى استعمال الآخر للطرق الاحتيالية أو اقترافه فعلاً مجرمه القانون أو ارتكابه خطأ جسيماً معادلاً للغش ، فإنه يتعين إعمال أحكام المسؤولية التقصيرية .

(ب) - " مفاد ما نصت عليه المادة ٢٧١ من قانون التجارة البحرى من سقوط الحق فى الدعاوى المتعلقة بتسليم البضاعة

بمضى سنة على تاريخ وصول السفينة ، خضوع دعوى المسؤولية
للمرتبة على التخلف عن تنفيذ الإلتزامات المتولدة عن عقد النقل
لذلك التقادم الخاص ، إلا أنه إذا كان قد صدر من الناقل أو تابعيه
غش أو خطأ جسيم يعادله أو خيانة فتتقدم دعوى المضرور في هذه
الحالة طبقاً للقواعد الواردة بشأن المسؤولية التقصيرية .
(طعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٧)

٢٩٥- استثناء من قاعدة عدم الخيرة في المسئوليتين المدنية والتقصيرية :

أنت محكمة النقض باستثناء على قاعدة عدم الخيرة بين
المسئوليتين المدنية والتقصيرية ، مقتضاه أنه إذا كان فعل الخطأ
الذى قارفه المتعاقد يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً ، فإنه
يكون للمضرور الخيار بين الاستناد إلى المسؤولية العقدية أو إلى
المسؤولية التقصيرية وفقاً لما يراه محققاً لمصلحته، وذلك على سند
من أن المدين قد أخل بالتزام قانونى ، إذ يتمتع عليه أن يرتكب مثل
هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لأن كان أساس التعويض الذى يستحقه المستأجر فى حالة
تعرض المؤجر له بما يخل بانتفاعه بالعين المؤجرة هو المسؤولية
العقدية التى تقضى قواعدها بتعويض الضرر المباشر المتوقع

الحصول إلا أنه إذا كان المؤجر قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الأضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة الحصول ."

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١)

٢- " إن مفاد نص للمادة ١٠٤ من القانون التجارى خضوع دعوى المسؤولية المترتبة على تخلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها (١٨٠ يوماً) . أما إذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خيانة فإن الدعوى تستند فى هذه الحالة إلى الفعل الضار ويكون أساسها المسؤولية التقصيرية وتتقادم وفقاً للقواعد الواردة بشأن هذه المسؤولية. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن بالات اللقطن - محل عقد النقل - قد سُرقت أو بددت من أحد تابعي الطاعن - للناقل - فإن مسؤوليته على ما جرى به قضاء محكمة النقض ليست مسؤولية تعاقدية بل مسؤولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع في تقادمها إلى حكم المادة ١٧٢ من القانون المدني التي تقضي بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه . وإذا قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم تأسيساً على أن مدة سقوط الحق في رفع الدعوى هي خمس عشرة سنة يكون قد خالف القانون ."

(طعن رقم ٤٦٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠)

٣- " إذ كان الحكم المطعون فيه - وقد انتهى إلى أن الطاعن قد ارتكب غشاً بعدم تسليم كمية الكتب التي انتشرت من المياه واحتجازه لها بغير مقتض - على نحو ما سلف بيانه - فإن مسؤولية الطاعن في هذه الحالة كناقض - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليست مسؤولية عقدية بل مسؤولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع في تقاضها للمادة ١٧٢ من القانون المدني التي تقضى بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه " .

(طعن رقم ١٣٤٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٠)

(راجع أيضاً الأحكام الصادرة بتاريخ ١٩٦٥/٢/٢٥ ، ١٩٦٨/٤/١٦ ، ١٩٨١/١/٢٧ ، ١٩٩٠/٥/٧ المنشورة بالبلند السابق) (١).

(١) وقد عدلت المحكمة عما سبق أن ذهبت إليه في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٥/١١/٣٠ في الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٣٠ ق ، من أنه في الحالة المذكورة بالمتن يتعين على الدائن الاستناد إلى المسؤولية التقصيرية ، دون أن يكون له خيار في المسئوليتين .

فقد جاء بهذا الحكم أنه :

" إن مفاد نص المادة ١٠٤ من القانون التجاري خضوع دعوى المسؤولية المترتبة على تخلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها (١٨٠ يوماً) . أما إذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خيانة فإن الدعوى تستند في هذه الحالة إلى الفعل الضار ويكون

أساسها المسؤولية التقصيرية وتتقدم وفقا للقواعد الواردة بشأن هذه المسؤولية .

فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن بالات القطن - محل عقد النقل - قد سرق أو بددت من أحد تابعي الطاعن - الناقل - فإن مسؤولية هذا الأخير - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ليست مسؤولية تعاقدية - بل مسؤولية تقصيرية قولها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع في تقادمها إلى حكم المادة ١٧٢ من القانون المدني التي تنص بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وإذا قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم تأسيسا على أن مدة سقوط الحق في رفع الدعوى هي خمس عشرة سنة يكون قد خالف القانون " .

وكان هذا القضاء محل نقد من الفقه ويقول المستشاران عز الدين الدناصوري والدكتور عبد الحميد الشواربي في مؤلفهما المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ص ٢٤ * وقد انتقد الفقه وبحق هذا الحكم تأسيسا على أنه ينطوي على عدم إدراك حقيقة العلاقة بين نوعي المسؤولية المدنية . فالإجماع في الفقه والقضاء على أن الإخلال بالالتزام العقدي أيا كانت جسامته الخطأ الذي يكونه يحتم المسؤولية العقدية . فلا يمكن أن يترتب على الخطأ العقدي ولو كان جريمة جنائية أو غشا أو خطأ جسيما سوى المسؤولية العقدية .

وإذا كان البعض يرى أنه إذا كون الإخلال بالالتزام التعاقدى جريمة جنائية أو بلغ حد الغش أو الخطأ الجسيم فإنه تقوم المسؤولية للتقصيرية استثناء إلى جانب المسؤولية العقدية لمستطيع الدائن إذا رأى مصلحة له أن يلجأ إليها دون قواعد هذه الأخيرة .

ويقصد بهذا الاستثناء تشديد مسؤولية المدين الذي يرتكب جريمة أو يأتي غشا أو خطأ جسيما ليسأل عن تعويض الضرر غير المتوقع والاستفادة

٢٩٦- إقامة دعوى التعويض على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية يعد وسيلة دفاع لا سببا للدعوى :

استقرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض فى عدة أحكام لها على أن استناد الدائن فى دعوى التعويض إلى المسؤولية العقدية أو إلى المسؤولية التقصيرية لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع ، وليس سببا للدعوى ، أما سبب الدعوى فهو كل ما تولد به للمضروب حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه .

وأنه ينبنى على ذلك ما يأتى :

أولاً : أنه إذا أقيمت الدعوى استنادا إلى المسؤولية العقدية ، ورأت المحكمة أن المسؤولية فى حقيقتها تستند إلى المسؤولية التقصيرية ، كان لها أن تقضى فى الدعوى على سند من المسؤولية الأخيرة دون أن يكون ذلك تغييرا منها لسبب الدعوى .

بالتقادم الطويل . فلو أن محكمة النقض قد اقتضت فى قضائها على تقرير الخيرة للدائن ، إذا كان الإخلال بالالتزام التعاقدى جريمة جنائية أو بلغ حد الغش أو الخطأ الجسيم لكان قضاؤها سائغا . ولكن المحكمة ذهبت فى تحديد ذلك مذهبا غربيا لا يسوغ القول به . إذ اعتدت بالمسؤولية التقصيرية فقط دون المسؤولية العقدية رغم أنها إخلال بالتزام تعاقدى . فلم يذهب أحد فى الفقه إلى أن المسؤولية التقصيرية فى تلك الحالات تطرد المسؤولية العقدية وتستقل وحدها بتنظيم آثار الإخلال بالالتزام العقدى .

(راجع أيضا فى نقد هذا الحكم محمود جمال الدين زكى فى مشكلات المسؤولية المدنية ص ٥٤٥ ومابعدا) .

وفي هذه قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت أن الشركة المطعون ضدها أقامت دعواها أصلا على أساس مسئولية الهيئة العامة للبترول (الطاعنة) عن تعويض الضرر الذى لحق بها مسئولية عقدية باعتبار أن عقد إيجار السفينة قد تم بينهما ولما قضى برفض دعواها على هذا الأساس واستأنفت الشركة هذا الحكم نكرت فى صحيفة الاستئناف أنه إذا لم يكن العقد قد تم فإن الهيئة الطاعنة تكون قد ارتكبت خطأ تقصيريا وتكون مسئولة عن تعويض الضرر طبقا للمادة ١٦٣ من القانون المدنى وقالت إن هذا الخطأ يتمثل فيما وقع من السكرتير العام للهيئة من أفعال كان من نتائجها إيقاع وكيلها فى فهم خاطئ بأن العقد قد تم وقد أخذت محكمة الاستئناف بهذا الأساس غير أنها اعتبرت الهيئة مسئولة عن خطأ السكرتير العام لها مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة طبقا للمادة ١٧٤ من القانون المدنى وليست مسئولية شخصية طبقا للمادة ١٦٣ كما وصفتها المدعية ، فإن هذا الذى فطلته محكمة الموضوع إن هو إلا إنزال لحكم القانون الصحيح على واقعة الدعوى وهو ما تملكه تلك المحكمة لأن تكليف المدعى لدعواه تكليفا لا ينطبق على واقعتها لايقيد المحكمة ولا يمنعها من إعطاء الدعوى وصفها للحق وإنزال

حكم القانون الصحيح عليها وهي حين تمارس هذا الحق غير ملزمة بتبنيه الخصوم إلى الوصف الصحيح للذى تنتهى إليه .

(طعن رقم ٢٩٩ ، ٣٠٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

٢- " النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه فى "العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتضى " يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ . وإذا كان ما بنى عليه الحكم قضاء على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ للطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)

٣- استناد الخصم إلى الخطأ العقدى لا يمنع المحكمة من أن تبني حكمها على خطأ تقصيرى متى استبان لها توافر هذا الخطأ عند تنفيذ العقد . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استبان من تقرير

الخبير أن الطاعنين قد ارتكبا خطأ تقصيريا بإتلافهم غراس المطعون عليهم مما تكون معه تلك الأعمال قد تجاوزت الإخلال بالالتزام التعاقدى . فلئن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أعمال أحكام المسؤولية التقصيرية ، وقضى بإلزامهما متضامنين بالتعويض بغير إغذار سابق ودون اعتداد بما اتفق عليه الطرفان بعقود الإيجار ، لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٨)

٤- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع لا تنقيد فى تحديد طبيعة المسؤولية التى استند إليها المضرور فى طلب التعويض أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك إذ أن هذا الاستناد يعتبر من مسائل الدفاع فى دعوى التعويض لا تلتزم به المحكمة بل يتعين عليها من تلقاء نفسها أن تحدد الأساس القانونى الصحيح للمسؤولية وأن تنقضى الحكم القانونى المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها " .

(طعن رقم ٧٦٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٥/١٣)

٥- " إن محكمة الموضوع لا تنقيد فى تحديد طبيعة المسؤولية التى استند إليها المضرور فى طلب التعويض أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك إذ أن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع

فى دعوى التعويض لا تلزم بها المحكمة بل يتعين عليها من تلقاء نفسها أن تحدد الأساس الصحيح للمسئولية وأن تنقصى الحكم القانونى المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها إذ أن كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه يعتبر هو السبب المباشر لدعوى التعويض مهما اختلفت أسانيدها .

(طعن رقم ٩٤٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢٩)

٦- " يتعين على محكمة الموضوع فى كل حال أن تنقصى من تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها باعتبار أن كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما كانت طبيعة المسئولية التى استند إليها المضرور فى تأييد طلبه أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء

فإن هي أخطأت في ذلك جاز لمن تكون له مصلحة من الخصوم أن يطعن في الحكم بطريق النقض على أساس مخالفته للقانون ولو لم يكن قد نبه محكمة الموضوع إلى قواعد المسؤولية الواجبة للتطبيق لالتزامها هي بإعمال أحكامها من تلقاء نفسها .

(طعن رقم ٥١٩٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢٠) (١)

(١) وبهذه الأحكام وغيرها تكون محكمة النقض قد عطلت عن قضاء سابق لها اعتبرت فيه أن كلا من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تعتبر سببا للدعوى ، وليست وسيلة دفاع ، ومن ثم لا تملك المحكمة إذا أقيمت الدعوى على إحدى المسؤوليتين إقامتها على أساس الأخرى وإلا عد ذلك تغييرا لسبب الدعوى لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها . إذ قضت بأن :

١- " ليست لمحكمة الموضوع أن تقيم المسؤولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعى متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعى المضروب فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبتته ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ كما لا يجوز لها أن تتحل ضررا لم يقل به لأنه هو الملزم أيضا بإثبات الضرر " .

(طعن رقم ٤٧٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢)

٢- " محكمة الموضوع -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا تملك تغيير سبب الدعوى ، وإذا كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن أقام دعواه على أساس المسؤولية العقدية ولن الحكم الابتدائي ، أقام قضاءه بإلزام الشركة المطعون عليها بأن تدفع له مبلغ ٥٥٠ جنيه على أساس أنه التعويض المعادل عن بطلان عقده . إذ كان ذلك وكان أساس الحكم بالتعويض المعادل - في حالة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبله - إنما هو المسؤولية التقصيرية

وقد جاء قضاء الدائرة الجنائية متفقا وهذا القضاء ، وعلى سبيل المثال ما يأتي :

١- " مادامت الدعوى الجنائية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذى قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن للمتهمين الآخرين : أحدهما لم يقع منه سوى تقصير فى الواجبات التى يفرضها عليه العقد المبرم بينه (مستخدم بنك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (بنك التسليف) . والآخر لم يثبت وقوع أى تقصير منه - إذا انتهت إلى ذلك فإنه يكون متعينا عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على من ثبتت عليه الجريمة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين لأن حكمها على المتهم الذى خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسؤولية التعاقدية ، وهو غير السبب المرفوع به الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز فى القانون . ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره مادام لم يثبت

فى حين أن أساس دعوى الطاعن هو المسؤولية العقدية - وهما أساسان متبايران - وتقضى الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم الابتدائى وبرفض الدعوى مستندا فى ذلك على ما قرره من أن " محكمة الموضوع لا تملك تغيير سبب الدعوى " وإن " الدعوى المدنية ملك لرافعها وكيفها على الأساس الذى يراه هو وتقضى المحكمة فى النزاع وفقا لذلك " فإنه لا يكون قد خالف القانون لو أخطأ فى تطبيقه .

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٤ فى جلسة ١٩٦٩/٦/٤)

وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها فى هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص فى الدعى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين : أحدهما أو كليهما لا برفضها فمردود بأنه ملامت الدعى قد رفضت على أساس انعدام المسؤولية التقصيرية فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية ، وليس من شأنه أن يمنعه ، من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسؤولية التعاقدية " .

(طعن رقم ١٣٨٦ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٥/٣١)

٢- " إذا كانت دعى التعويض مؤسسة على مسؤولية الطاعن عن الضرر الذى نشأ عن خطأ تابعه ، فحكمت المحكمة ببراءة التابع وقضت بالتعويض على الطاعن - تأسيسا على خطئه هو ، فإنها تكون قد خالفت القانون ، إذ لم تلتزم الأساس الذى أقيمت عليه الدعى ، وكان يتعين على المحكمة مع ثبوت عدم وقوع خطأ من التابع أن ترفض الدعى المدنية الموجهة إلى الطاعن باعتباره مسئولا عن الحقوق المدنية بالتضامن مع تابعه " .

(طعن رقم ١١٩٩ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٢/١/٧)

٣- " الأصل فى دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع إلى المحاكم المدنية ، وإنما أباح القانون استثناء رفعها إلى المحكمة متى كانت تابعة للدعى الجنائية وكان الحق المدعى به ناشئا عن ضرر وقع للمدعى من الجريمة المرفوع بها الدعى الجنائية ، فإذا لم يكن

الضرر الذى لحق به ناشئا عن هذه الجريمة ، سقطت تلك الإباحة وسقط معها اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية ، فمتى كان الواضح مما أثبتته للحكم المطعون فيه أن إخلال المتهم بالتعاقد الذى يدعيه الطاعن لا تتكون به جريمة الغش المرفوعة بها الدعوى ، فإن قضاءه بالبراءة اعتمادا على هذا السبب يترتب عليه عدم اختصاص المحكمة بالفصل فى الدعوى المدنية ، أما وقد تعرضت لها وفصلت فى موضوعها فإنها تكون قد قضت فى أمر هو من اختصاص المحاكم المدنية ولا شأن للمحاكم الجنائية به ، مما يقتضى نقض للحكم المطعون فيه والحكم بعدم اختصاص المحاكم الجنائية بنظر الدعوى المدنية .

(طعن رقم ٢٠٢٦ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٥٩/٩/٢٥)^(١)

ثانيا : أن الحكم الصادر برفض دعوى التعويض أيا كانت المسؤولية التى استند إليها القاضى فى قضائه ، تحول حججه دون رفع دعوت تعويض جديدة على من حكم قبله برفض الدعوى لأنه يعتبر دالا بالافتضاء على انتفاء مسؤولية المدعى عليه قبل المدعى

(١) ويشاركنا رأى فى أن هذه الأحكام تساير الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ص ١٢٠٢ فهو يقول " يرى أستاذنا السهورى وجود خلاف فى تكييف سبب دعوى المسؤولية بين الدائرتين المدنية والجنائية ، وإن كنا لا نرى هذا الخلاف إذ أن أحكام الدائرة الجنائية أساسها هو عدم اختصاص المحاكم الجنائية بنظر دعوى التعويض المؤسس على غير العمل المشروع الذى يشكل جريمة ."

عما ادعاه عليه أيا كانت المسؤولية التي أسس عليها طلبه ، عقديّة أو تقصيرية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الراجع فى باب قوة الشئ المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه - كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعا من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) ، مهما كانت طبيعة المسؤولية التى بحثها القاضى فى حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى فى طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى فى حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالا بالافتضاء على انتفاء مسؤولية المدعى عليه قبل المدعى بما ادعاه عليه أيا كانت المسؤولية التى أسس عليها طلبه عقديّة أو غير عقديّة أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله فى دعوى التعويض، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/١/٥)

٢- "إن المدار في وحدة الدعويين ، في صدد قوة الشيء المحكوم فيه ، هو ماهية الموضوع في كل دعوى والسبب المباشر الذى تولدت عنه كل منهما . فإذا كان موضوع الدعوى الأولى بين الخصوم هو المطالبة بتعويض ، وسببها حفر مسقى ، وموضوع الدعوى الثانية المطالبة بتعويض أيضا ، وسببها هى الأخرى حفر المسقى نفسها ، فلا يؤثر فى وحيتهما اختلاف علة السبب المطلوب التعويض من أجله ولا قيمة التعويض المطالب به " .

(طعن رقم ٣٨ لسنة ١٢ ق جلسة ١٥/٤/١٩٤٣)

٢٩٧- القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية :

القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية هى مسئولية الشخص عن العمل الذى يصدر منه نفسه . وتقضى هذه القاعدة بأن المسئولية عن العمل الشخصى تقوم على خطأ واجب الإثبات ، أى الخطأ الذى يجب على الدائن وهو المضرور أن يثبته فى جانب المدين وهو المسئول .

لما قيام المسئولية على خطأ مفروض فلا يتقرر إلا فى حالات معينة ، كما هو الشأن فى المسئولية عن عمل الغير (مادة ١٧٣ مدنى ومابعدها) . والمسئولية الناشئة عن الأشياء (مادة ١٧٦ ومابعدها) .

أركان المسؤولية التقصيرية

٢٩٨- ثلاثة أركان للمسؤولية التقصيرية :

للمسؤولية التقصيرية - كالمسؤولية العقدية - أركان ثلاثة هي :

١- الخطأ .

٢- الضرر .

٣- علاقة سببية بين الخطأ والضرر .

ونعرض لهذه الأركان الثلاثة بالتفصيل فيما يلي .

(الركن الأول للمسؤولية التقصيرية) (الخطأ)

٢٩٩- تعريف الخطأ :

الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال للشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال . فهو إخلال بالتزام قانوني ، كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية إخلال بالتزام عقدي . وإن كان هذا الالتزام في المسؤولية العقدية قد يكون التزاما بتحقيق غاية أو يكون التزاما ببذل عناية . إلا أن الالتزام القانوني الذي يقع به الإخلال في المسؤولية التقصيرية فهو دائما ببذل عناية .

ومتقضى هذه العناية أن يتخذ الشخص سلوكا ينطوي على القدر العادي المألوف من اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انحرف

عن هذا السلوك ، وكان مدركا لهذا الانحراف كان هذا منه خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية^(١) .

والخطأ قد يكون بفعل إيجابي ، كما يكون سلبيا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن تعريف الخطأ أنه :

" ... ويغنى لفظ " الخطأ " فى هذا المقام عن سائر النعوت والكنى التى تخطر للبعض وفى معرض التعبير كاصطلاح " العمل غير المشروع " أو " العمل المخالف للقانون " أو " الفعل الذى يحرمه القانون " الخ ... فهو يتناول الفعل السلبى (الامتناع) والفعل الإيجابى ، وتتصرف دلالاته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء وغنى عن البيان أن سرد الأعمال التى يتحقق فيها معنى الخطأ ، فى نصوص التشريع ، لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ، ولا يودى قط إلى وضع بيان جامع مانع ، فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضى وهو يسترشد ، فى ذلك بما يستخلص من طبيعة نهى القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه . فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهى هى التى ينطوى فيها الخطأ . ويقضى هذا الالتزام تبصرا فى التصرف ، يوجب إعماله بذل غفلة الرجل الحريص ... الخ " ^(٢) .

(١) السهنورى ص ٦٤٣ ومابعدها - عيد المنعم المصده ص ٤٥٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٥٤ .

والخطأ هو أهم أركان المسؤولية التقصيرية وهو فى ذات الوقت أدقها ، فضلا عن أنه الأساس الذى تبنى عليه للمسئولية ، إذ بغير الخطأ لا توجد المسؤولية .

والخطأ فى المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين هما :

الركن الأول : مادى وهو التعدى .

والركن الثانى : معنوى وهو الإدراك .

ونعرض لهذين للركنين فيما يلى .

٣٠٠- أولاً : الركن المادى للخطأ (التعدى) :

المقصود بالتعدى :

التعدى هو الإخلال بالالتزام القانونى فى هذا الخصوص .
وقد يكون الخطأ بالفعل أى عملاً إيجابياً ، وهو ما يسمى بالجريمة المدنية .

ومن أمثلة هذا التعدى ما يأتى :

١- أعمال الغش والخديعة والتلفيق فهى كلها أفعال خاطئة منافية للأخلاق والشرف والأمانة ، وهى تلزم فاعلها بتعويض ما سببته من الضرر للغير ولو لم تقع تحت نصوص قانون العقوبات .
ومن ذلك تدبير تهمة لآخر بقصد الإضرار به . وللزوجة التى عقد عليها بالغش . وتهينة شخص لآخر معسر لأسباب الظهور بالثروة والغنى قاصداً تمكينه من الحصول على ثقة لا محل لها ، إذ يكون مسئولاً قبل الأعيار حسنى النية الذين عولوا على مظاهر الثروة التى اكتسب بها المعسر ثقتهم .

- ٢- أن يحض شخص آخر على الإخلال بما التزم به قبل الغير .
كتاجر يحرص عمالا عند تاجر آخر على الإضراب . أو صاحب
عمل يستخدم عاملا وهو عالم أنه في خدمة غيره .
- ٣- من يأتي فعلا من أفعال الغصب أو التعرض أو الاعتداء
ولو لم يقع فعله تحت نصوص قانون العقوبات . ومثل ذلك وضع
يد أحد الورثة على ما يتعدى نصيبه الشرعى في الميراث إذ يعد
اغتصابا لحقوق الآخرين ^(١) .

وقد يكون التعدى جنائيا ، فكل من قارف جريمة من الجرائم
المنصوص عليها في قانون العقوبات أو فى القوانين الأخرى
المكملة له يرتكب خطأ مدنيا يستلزم مسئوليته عن تعويض الضرر
الناشئ عنه ، لأن الجرائم على اختلاف درجاتها أعمال ضارة
بالمجتمع رأى الشارع منعها من طريق فرض عقوبة على مرتكبها ،
فمن ارتكب جريمة فقد أخطأ جنائيا خطأ يستحق من أجله العقاب ،
وفى الوقت نفسه أخطأ مدنيا خطأ يستلزم الرجوع عليه
بالتعويض ^(٢) .

ومثل ذلك من يقود سيارة تجاوز السرعة المقررة ، فتسبب فى
جرح شخص آخر .

(١) مصطفى مرعى ص ٤٣ ومابعدا - عز الدين الدناصورى وعبد الحميد
الشواربى ص ٦٦ ومابعدا .

(٢) مصطفى مرعى ص ٣٩ .

أو من تعدى بالضرب على آخر فأحدث إصابات به .
وقد يكون الخطأ عملاً سلبياً وهو الذى يأخذ صورة ترك أو
امتناع ، وهو لا يتحقق إلا حيث يدل الترك أو الامتناع على إهمال
أو عدم احتياط . والعبرة فى تقصى هذه الدلالة بالظروف التى
أحاطت الإنسان وقت أن صدر منه الترك أو الامتناع موضع
المواخذة والعادات والتقاليد التى تسود البيئة التى يعمل بها وبأحكام
القانون الذى يسيطر عليه .

ومثل ذلك ترك المقاول حفرة حفرها فى الطريق العام دون
وضع نور أحمر على حافتها ليلاً للتنبيه إلى وجودها .

وسكوت الشخص عن الإدلاء بمعلومات تؤدى إلى الكشف عن
المجرم الحقيقى وإظهار براءة المتهم . وترك الخادم زوجة تدس
السم لزوجها دون تنبيه للزوج إلى ذلك ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المسئولية التصديرية تقع على المتمسب بذات الفعل أو
الترك الضار سواء كان متعمداً أو مقصراً ، وسواء أكان حسن
القصد أو سيئه " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٧ ق جلسة ١٦/١٢/١٩٣٧)

(١) سليمان مرقس ص ١٦٢ .

٢- " الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة ١٦٣ من القانون المدنى هو الانحراف عن السلوك العادى المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير " .
(طعن رقم ٤٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/١٠/٣٠ - غير منشور)

والتعدى ولا شك يتوافر كلما أتى الشخص فعلا تنهى عنه القوانين أو اللوائح ، أو يغفل عملا تفرضه عليه القوانين أو اللوائح إذ يعد مخطئا ومسئولا عن الضرر الذى يترتب على خطئه ، لأن الأعمال التى يفرض القانون أدائها أو الامتناع عنها ملحوظا فيها أن تكون لازمة لصيانة أموال الناس وأرواحهم .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- " امتناع الموظف عن تنفيذ واجبات وظيفته يعتبر خطأ تترتب عليه مسئوليته إذا ما ألحق ذلك ضررا بالغير " .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٣)

٢- " المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسئول وإذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه لا يؤدي إلى توفر هذا العنصر من عناصر المسئولية ، لأن استمرار الطاعن فى إجراءات التنفيذ بقبض جزء من الدين الذى يدعيه لا يعد خطأ منه يستوجب المسئولية بالتعويض لأن المشرع لم يرتب على رفع دعوى الاعتداد بالحجز أثرا وفقاً للإجراءات كالأثر المترتب على رفع الإشكال فى التنفيذ

سواء من المدين أو الغير ، خصوصا وقد تمسك الطاعن بأن المحجوز لديها سارعت إلى الوفاء بما هو مستحق في نمتها للمحجوز عليه عقب الحجز بوقت معتبر وقبل صدور الحكم الانتهائي بعدم الاعتداد بإجراءات التنفيذ بما يرفع عنه مظنة الخطأ بعدم احترام حجية الأحكام فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨)

إنما لا يشترط لاعتبار الامتناع أو الترك خطأ أن يقع خلافا لقانون أو لائحة بل يكفي أن يكون الترك أو الامتناع واقعا على عمل تستدعيه حماية الغير .

فلا يعنى صاحب العمل من تبعة إهماله وتقصيره ، أن يكون قد استوفى جميع الاشتراطات التى فرضتها عليه جهات الإدارة ، إذا تبين أن هذه الإجراءات لم تكف لحماية الغير. ولأن صاحب العمل قد فاتته أن يتخذ إجراءات تدعو إليها ضرورة وقاية الناس ، لأن الاحتياطات التى تفرضها القوانين واللوائح هى الحد الأدنى للوقاية المطلوبة ، والقيام بها لا يكفي وحده لإغفاء صاحبها من كل مسئولية متى ثبت تقصيره فى القيام باحتياطات أخرى تدعو إليها طبيعة العمل وتستلزمها ضرورة صيانة الجمهور (١).

(١) مصطفى مرعى ص ٤٣ وما بعدها .

ويعتبر مخطئا أيضا من يهمل أثناء قيامه بعمله ويترتب على إهماله تمكين إنسان من ارتكاب سرقة أو تزوير أو غش اضرازا بالغير^(١).

لولا يثير تحديد فعل التعدي أية صعوبة عندما يفرض القانون التزاما محددا أو وفقا لتعبير الفقه الحديث التزاما بتحقيق نتيجة معينة ، لأن الخطأ في هذا الفرض ليس سوى الإخلال بهذا الالتزام : بإتيان الفعل الذي أمر القانون بالامتناع عنه ، أو الامتناع عن الفعل الذي أمر القانون بإتيانه فيقضى القانون على الطبيب بعدم إفشاء سر المهنة فيتوافر خطأ الطبيب إذا أخل بهذا الالتزام ، وأقضى سر المريض لديه ، فالخطأ هنا هو عدم تحقيق النتيجة التي جعلها القانون محل الالتزام الذي فرضه .

لما إذا لم يفرض القانون التزاما محددا ، فإن التعدي يتحقق إذا تضمن الفعل خروجاً على التزام قانوني مفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع^(٢).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"رتب المشرع في المادة ١٦٣ من القانون المدني الالتزام بالتعويض على كل خطأ سبب ضررا للغير ، وأورد عبارة النص في صيغة عامة بما يجعلها شاملة لكل فعل أو قول خاطئ سواء

(١) مصطفى مرعى ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) محمود جمال الدين زكى فى الوجيز ص ٢٢٨ - عبد الصده ص ٤٥٠ .

أكان مكونا لجريمة معاقبا عليها ، لم كان لا يقع تحت طائلة العقاب ويقتصر على الإخلال بأى واجب قانونى لم تكفله القوانين العقابية بنص خاص ، ومؤدى ذلك أن المحكمة المدنية يجب عليها البحث فيما إذا كان الفعل أو القول المنسوب للمسئول - مع تجرده من صفة الجريمة- يعتبر خروجاً على الالتزام القانونى المفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع ، فلا يمنع انتفاء الخطأ الجنائى من القول أو للفعل المؤسس عليه للدعوى من توافر الخطأ فى هذا القول أو الفعل " .

(طعن رقم ١٠٤١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٩)

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام دعوى فرعية طلب فيها إلزام البنك المطعون عليه بأن يدفع له تعويضاً عما أصابه من ضرر نتيجة قيام البنك بإجراء مقاصة باطلّة فإن عدم مخالفة البنك للقانون فى المقاصة التى أجراها يجعل تعيب الحكم المطعون فيه فى قضائه برفض طلب التعويض الذى أقامه الطاعن على هذا الأساس يكون فى غير محله " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١)

٢- " النعى بأن للمطعون عليه - الذى قضى له التعويض قبل الطاعن لاغتصاب شقة النزاع - عيانتين أخريين علاوة على شقة النزاع - عبارتين أخريين علاوة على شقة النزاع خلافاً للقانون رقم

٥٣٧ لسنة ١٩٥٤ فى شأن مزاوله مهنة طب وجراحة الأسنان ولأن له مسكنا فى منطقة أخرى على خلاف الحظر المنصوص عليه فى قانون إيجارات الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، هذه المخالفة بفرض التسليم بصحتها لا تبيح للطاعن اغتصاب للشقة المذكورة وحرمان المطعون عليه من الانتفاع بها ، وإذ قرر الحكم المطعون فيه أن هذا الاعتداء يعتبر خطأ يستحق المطعون عليه التعويض عنه فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ، ويكون للنعى عليه بالمقصود لعدم الرد على دفاع الطاعن غير منتج " .

(طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٤٣ قى جلسة ١٩٧٨/٣/٢١)

٣- إن تحويل اللجان المنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين دون غيرها سلطة تقدير التعويض المستحق عن الاستيلاء ابتداء لا يحول دون التجاء نوى الشأن إلى المحاكم بطلب تعويضهم عن الضرر الناشئ عن تأخر تشكيلها أو تأخيرها فى إصدار قراراتها وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية إذا توافرت الشروط اللازمة لتحقيق هذه المسؤولية إذ يعتبر هذا التأخير بغير مسوغ شرعى تقضيه ظروف الأحوال خطأ يستوجب مسؤولية فاعله عن الضرر المنسب عنه " .

(طعن رقم ٧١٥ لسنة ٤٩ قى جلسة ١٩٨٢/١١/١١)

٤- " المستفاد من نصوص المواد ١٧ ، ٢٠ ، ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المدنى المعجلة ببرتوكول لاهائى الذى

وافقت عليه مصر بالقانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الناقل الجوى يكون مسئولاً عن الضرر الذى يقع فى حالة وفاة أو إصابة أى راكب إذا كانت الحادثة التى تولد عنها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود أو الهبوط وهذه المسئولية مبنية على خطأ مفترض فى جانب الناقل ولا ترتفع عنه إلا إذا أثبت أنه هو وتابعيه قد اتخذوا كافة التدابير اللازمة لتفادى وقوع الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها " .

(طعن رقم ١٩٦٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٢)

٥- " المستفاد من نصوص المواد ١٧ ، ٢٢ ، ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٨ ، ٢٩ من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المعدلة ببروتوكول لاهاي أنه لا يجوز رفع دعوى المسئولية فى أية صورة كانت عن الضرر الذى يقع فى حالة وفاة الراكب أو إصابته إلا بالشروط وفى الحدود المقررة فى الاتفاقية ويتعين إقامة دعوى المسئولية فى بحر سنتين اعتباراً من تاريخ الوصول أو اليوم الذى كان يتعين وصول الطائرة فيه أو من تاريخ وقف النقل وإلا سقط الحق فى رفع الدعوى ، وكانت مصر قد وافقت على هذه الاتفاقية بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ كما وافقت على بروتوكول لاهاي بالقانون رقم ٦٤٤ لسنة

١٩٥٥، فإن أحكام هذه الاتفاقية تكون هي الواجبة التطبيق في هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٥/٨)

٣٠١- الخطأ الجنائي والخطأ المدني :

الخطأ الجنائي هو الإخلال بواجب قانوني تكفله القوانين العقابية بنص خاص . أما الخطأ المدني فهو الإخلال بأى واجب قانوني ولو لم تكفله القوانين ، ومن ثم فهو أوسع دائرة من الخطأ الجنائي ولذلك فإن الخطأ الجنائي يشكل دائما خطأ مدنيا أما الخطأ المدني فهو يتوافر دون أن يشكل خطأ جنائيا^(١) .

وإذا وقع عمل ترتبت عليه المسئوليتان الجنائية والمدنية معا ، فإن الأولى وهي الأقوى لأنها حق المجتمع ، تؤثر على الثانية ، وذلك من الوجوه الآتية :

١- من حيث الاختصاص ، إذ يمكن رفع الدعوى المدنية ، وهي دعوى التعويض أمام المحكمة الجنائية كى تفصل فيها مع الدعوى الجنائية . فالدعوى المدنية هي التى تتبع للدعوى الجنائية.

٢- من حيث السير فى الدعوى توقف الدعوى الجنائية للدعوى المدنية (م ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية) . وهذه هي القاعدة المعروفة التى تقول إن " الجنائى يقف المدنى " . فإذا رفعت الدعوى

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ١٢١٤ - مصطفى مرعى ص ٤٧ ومابعدهما.

المدنية أمام المحكمة المدنية ولم يتم الفصل فيها قبل رفع الدعوى الجنائية وجب وقف للدعوى المدنية . فيتعين على القاضي المدني أن يقف السير في الدعوى المدنية حتى يفصل في الدعوى الجنائية.

٣- من حيث حجية الأمر المقضى ، إذ تنص المادة ١٠٢ من قانون الإثبات على أنه : " لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيه ضرورياً " فقد جعل الشارع للأحكام الجنائية حجية أمام المحاكم المدنية .

وقد أوضحت المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية حدود هذه الحجية طبقاً للقاعدة التي نصت عليها المادة سالفه الذكر .

فإذا قضت المحكمة الجنائية بالإدانة ، أى بوقوع الفعل الذى يكون أساس الدعوى ويوصفه أنه جريمة معينة ونسبته إلى المتهم ، فإنه يتعين على المحكمة المدنية أن ترتبط بهذا القضاء ، فتعتبر هذه الأمور ثابتة ، ولو كانت الدعوى مرفوعة على المسئول مدنياً الذى لم يكن ممثلاً في الدعوى الجنائية .

وإذا قضت المحكمة الجنائية بالبراءة وجب التفرقة بين حالتين :

الأول : أن تكون البراءة فيها قائمة على عدم ثبوت نسبة الواقعة إلى المتهم ، وفى هذه الحالة يحوز الحكم الجنائي حجية الأمر المقضى فى شأن هذه النسبة ، فيتعين على القاضي المدني أن يعتبر هذه النسبة غير قائمة . فإذا كانت الدعوى المنظورة أمامه دعوى تعويض وجب عليه فى هذه الحالة أن يرفض الدعوى . ويستوى

فى ذلك أن يكون القاضى الجنائى قد أسس البراءة على نفى نسبة الواقعة إلى المتهم ، أو يكون قد أسسها على عدم كفاية الأدلة على هذه النسبة أو الشك فيها .

والحالة الثانية : أن تكون البراءة فيها مبنية على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون ، وحينئذ تكون المحكمة الجنائية قد فصلت فى الواقعة أساس الدعوى دون أن تفصل فى نسبتها إلى المتهم فتتقضى حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية فيجوز للقاضى المدنى فى هذه الحالة أن يقول بثبوت الفعل المنسوب إلى المتهم وأن يقضى بالتعويض على أساس كون هذا الفعل خطأ ترتب عليه ضرر . ويتحقق ذلك إذا كان الفعل المنسوب إلى المتهم لا يصدق عليه وصف الجريمة . أو كان الحكم بالبراءة راجعا إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو العفو الشامل أو بالعفو عن العقوبة أو بالتقادم .

٤- ومن حيث التقادم ، إذ تقضى المادة ١٧٢ مدنى بأن دعوى التعويض المدنية لا تسقط بالتقادم إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فإذا كانت الدعوى الجنائية لم تتقادم بعد فإن هذا يحول دون تقادم الدعوى المدنية حتى لو كانت مدة تقادم هذه الدعوى الأخيرة قد انقضت . والعكس غير صحيح ، فعلم تقادم الدعوى المدنية لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية ^(١) .

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٢٨ ومابعداها - سليمان مرقس ص ٢٦٩ ومابعداها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كانت حجية الحكم الجنائي لا تقوم إلا فيما كان فصله فيه لازماً ، وكان لا يمنع أن الفعل وإن تجرد من صفة الجريمة قد يولد خطأ مدنياً يستوجب التعويض ، وكان الثابت أن الطاعن تمسك في دفاعه الوارد في صحيفة استئنافه باشتراك المطعون ضده في الخطأ الموجب للتعويض لأنه المنسب في حدود المشاجرة التي نجمت عنها إصابة كل منهما ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه اجتزأ في الرد على الدفاع بالقول أن الطاعن لا يعرف للشخص الذي اعتدى عليه وأحدث إصابته وتؤكد ذلك ببراءة المطعون ضده بحكم جنائي نهائي في حين أن الحكم الجنائي ببراءة هذا الأخير من تهمة إحداث إصابة الطاعن لا يكتسب حجية في شأن ما نسب إليه الطاعن من خطأ مدني يتمثل في تسببه في قيام المشاجرة ووقوع الحادث " .

(طعن رقم ٢٤٨٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٦/٢٢)

٢- " مفاد ما نصت عليه المادتان ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية و ١٠٢ من قانون الإثبات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الحكم الصادر في المواد الجنائية تكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية . وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله فإذا

فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور فإنه يمتنع على المحاكم المدنية أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تلتزمها فى بحث الحقوق المدنية المتصلة بها كى لا يكون حكمها مخالفا للحكم الجنائى السابق له وإذ كان الفعل غير المشروع الذى رفعت الدعوى الجنائية على أساسه هو بذاته الذى نشأ عنه إتلاف السيارة والذى يستند إليه المطعون ضده الأول فى المطالبة بالتعويض عن هذه التلفيات ، فإن الحكم الجنائى المذكور إذ قضى بإدانة للطاعن لثبوت الخطأ فى جانبه يكون قد فصل لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله ويحوز فى شأن هذه المسألة المشتركة حجية الشئ المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية وتنفيد به هذه المحكمة ويمتنع عليها أن تخالفه أو تعيد بحثه ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه بحجية الحكم الجنائى فى هذا الخصوص فإنه يكون قد اختار صحيح القانون ."

(طعن رقم ١٩١٤ لسنة ٥٦ قى جلسة ١٩٩١/٥/٩)

٣- (أ) - " مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات أن للحكم الصادر فى الدعوى الجنائية حجية الشئ المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية وإذا كان الحكم الجنائى قد فصل فصلا لازما فى أمر يتعلق بوقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفى

الوصف القانوني للفعل ونسبته إلى فاعله فإن فصلات المحكمة الجنائية بحكم بات في هذه المسائل امتنع على المحاكم المدنية مخالفة الحكم الجنائي السابق عليه .

(ب) - " قضاء المحكمة الجنائية بالبراءة للشك الذي تفسره المحكمة لصالح المتهم لا يدل بمجرد كذب الواقعة المبلغ عنها ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث عناصر المسؤولية المدنية طالما لم تفصل المحكمة الجنائية في هذا الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية " .

(ج) - " استبعاد النيابة العامة أحد المتهمين من الاتهام وإقامة الدعوى الجنائية على غيره لا تنهض دليلا على عدم صحة الوقائع المبلغ بها ، ولا يقيد ذلك المحكمة المدنية التي يجب ألا تبني قضاءها إلا على ما يقتضيه بحثها عناصر المسؤولية من النزاع المطروح عليها " .

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ قى جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

٣٠٢- الامتناع عن أداء واجب خلقى لا يرتب تعديا :

الامتناع عن تقديم يد للمعونة التي لم ينص فيها القانون على واجب محدد ، لا يعد تعديا وذلك حماية لحريية الممتنع ، ولأن الواجب حينئذ يكون من قبيل الواجبات الخلقية التي لا يعنى بها القانون ، فمعايير التعدى ينطبق على الخطأ السلبي كما ينطبق على

الخطأ الإيجابي في الحالات التي يعتبر الامتناع فيها إخلالا بواجب قانوني طالما أنه ليس لدينا قانونا يوجب هذه المساعدة كما هو الحال في فرنسا . فلو أن شخصا رأى آخر يغرق ، وكان قادرا على إنقاذه ولكنه امتنع عن نجدة فإنه لا يسأل عن ذلك .

غير أن هذا لا يعنى أن المسؤولية في حالة الامتناع لا تقوم إلا عند الإخلال بالتزام قانوني محدد يفرض القيام بعمل معين كما رأينا سلفا فهناك حالات يكون الامتناع فيها موجبا للمسؤولية رغم عدم وجود التزام قانوني محدد . وذلك حين يكون هذا الامتناع إخلالا بواجب عام يقضى باتخاذ ما يلزم لحماية الغير في ظروف معينة . فمثلا يجب على مصلحة السكك الحديدية أن تتخذ ما يلزم لتتبيه الجمهور إلى الخطر عند اجتيازه الممرات السطحية حتى بعد خطوطها الحديدية .

ويجب على مصلحة التنظيم عندما تحفر حفرة في الطريق أثناء القيام بعمل يقتضى ذلك أن تضع بجانبها إشارة تنبه المارة إلى وجودها . بل إن هذا الواجب العام قد تفرضه تقاليد مهنة معينة . فالطبيب الذى يجد فى الطريق شخصا أصيب فى حادث بحيث أصبح فى حاجة إلى إنقاذ سريع يجب عليه أن يبادر إلى إنقاذه ، فإن امتنع الطبيب عن ذلك كان مخطئا وتحققت مسؤوليته^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٥٥ ومابعدها - أحمد حشمت لوسيتيت ص ٤٠٦ .

٣٠٣- معيار التعدي :

يقاس التعدي بمعيار موضوعي أو مادي ، وليس بمعيار ذاتي . فلا ينظر فيه إلى الظروف الشخصية للمعتدي ، وإنما يعتد فيه بسلوك شخص مجرد ، وهذا الشخص هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس ، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ، ولا هو محدد الفطنة خامل المهمة فينزل إلى الحضيض . وهو الذي يتخذ أيضا مقياسا للخطأ العتدي في الالتزام ببذل غاية حيث يطلب من المدين في الأصل أن يبذل غاية الرجل العادي وهو شخص عرفه القانون الروماني ، وسماء برب الأسرة العاقل ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادي ، ونقيس عليه سلوك الشخص الذي ينسب إليه التعدي^(١).

٣٠٤- الاعتداد بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية :

لا يمكن أن نتمثل للشخص العادي الذي يؤخذ سلوكه معيارا للخطأ ، شخصا مثاليا بعيدا كل البعد عن العوامل الواقعية المحيطة بالمستول ، بل ينبغي أن نحيطه بذات الظروف التي أحاطت بالفاعل.

(١) السنهوري ص ٦٤٥ ومابعدها - سليمان مرقس ص ٢٠٩ ومابعدها - محمود جمال الدين زكي في الوجيز ص ٢٤٠ - عز الدين الناصوري وعبد الحميد الشواربي ص ٦١ ومابعدها .

ويعتبر من الظروف الخارجية ظروف الزمان والمكان ، فقيادة السيارة في الليل هو ظرف عام يدخل في الاعتبار ، عند تعرف الخطأ الذى وقع من القائد ، بمقارنة ما بدا منه فيه مع ما كان يبدو من الرجل العادى . وكذا عن ظرف المكان ، فإن قيادة السيارة فى طريق مكتظ بالمارة أو فى مناطق ضيقة أو على أرض مبللة توجب حيلة وحذرا أكثر مما لو كان للطريق خاليا أو متسعا أو جافا . وبهذا يحتفظ هذا المعيار بما يجب له من مرونة فيتكيف وفق الظروف المحيطة ^(١) .

أما الظروف الداخلية أو الشخصية لشخص المعتدى فلا يعتد بها فى تحديد معيار الرجل العادى . وهى تلك الظروف والخصائص الشخصية التى له ويختص بها وحده ، ولو نظرنا إليها لأصبح المعيار شخصا لا ينضبط .

ومن هذا الظروف الداخلية أو الشخصية ، كون المعتدى ضعيف البصر أو السمع أو مضطربا نفسيا أو مريضا ^(٢) . أو قليل الذكاء أو عديم التعليم ^(٣) . فعلى سبيل المثال فإن قائد السيارة يؤخذ بمقياس الملوك المألوف من الشخص العادى . وللشخص العادى هنا رجل

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ١٤٦ - عز الدين الناصورى
وعبد الحميد الشولوبى ص ٦٣ .

(٢) سليمان مرقس ص ٢١١ وما بعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤١٠ .

(٣) محمود جمال الدين زكى فى الوجيز ص ٢٤٠ .

سليم النظر تعود القيادة ، يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه. هذه هي الصفات التي ألفها الناس ، وما ينتظر - بحق - أن يكون عليها قائد السيارة ليلاً (١).

وقد اختلف الفقه بشأن بعض الظروف الداخلية للمسئول ، وهي ظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية بالنسبة للأعمال التي تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف .

فذهب رأى إلى اعتبار هذه الظروف من الظروف الخارجية التي تدخل فى تحديد معيار الشخص العادى . فإن الصبى إذا لعب مع رفاقه لا ينبغى أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج السن. كذلك للمرأة إذا باشرت عملاً تباشره النساء عادة ، كالتعليم والتوليد والتمريض. لا يقاس سلوكها بسلوك الرجل . والريفى الماذج فيما يسكن إليه من حياة قروية ، ينبغى أن يعتبر كل منهم متنسباً إلى طبقة قائمة بذاتها . فيتجرد من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث ، شخص عادى يكون سلوكه المؤلف هو المقياس الذى يقاس به سلوك جميع الأفراد التى تنتمى إلى هذه الطبقة . فالمقياس المجرد للصبيان فيما هو من أعمال الصبيان ، صبى مثلم ، يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بذات الصبى . والمقياس

(١) السنهورى ص ٦٤٧ ومبعدها .

المجرد للنساء ، فيما تباشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسطياتهن تتجرد عن الظروف الداخلية التى تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المجرد لأهل القرى فيما يدخل فى حياتهم الريفية قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل فى أعمال الصبيان ، ولا هى من الأعمال التى تباشرها النساء عادة ، وليست محصورة فى أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة لها ظروفًا داخلية شخصية لا ظروفًا خارجية عامة . ومن ثم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفًا داخليًا بالنسبة لشيء معين ، ثم ينقلب إلى ظرف خارجي بالنسبة إلى شخص آخر . وفى هذه النسبية ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف ^(١) .

وذهب رأى ثان إلى أن السن أو الجنس لا يعدو أن يكون ظرفًا داخليًا لا يجوز الاعتداد به فى جميع الأحوال . كما أن القول بعكس ذلك يجعل المعيار أكثر مرونة وهو ما يؤدي إلى تضحية بمصلحة المضرور فى بعض الفروض ، ولأنه لا داعي لهذا الاستثناء طالما

(١) السنهورى ص ٦٤٨ وما بعدها - عز الدين الناصورى وعبد الحميد لشواربى ص ٦٥ - سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٢٢٢ وما بعدها - حسين عامر وعبد الرحيم عامر ١٤٦ وما بعدها - عبد المنعم الصده ص ٤٥٤ .

أننا نعتبر من بلغ سن التمييز - ذكرا كان أم أنثى - مسئولا مسئولية كاملة عن أعماله غير المشروعة^(١).

ويقترَب من الرأى الأول ما هو مستقر عليه من إضافة المستوى المهني للطبيب إلى الظروف الخارجية التى يقام لها وزن فى تعيين مدى التزامه (أى كونه ممارسا عاما أو اخصائيا أو استشاريا) مع أن المستوى المهني ليس إلا درجة علم الطبيب وهى بلا شك ظرف داخلى .

ولذلك اتجه البعض إلى استبدال معيار الظروف الظاهرة والظروف غير الظاهرة بمعيار الظروف الخارجية والداخلية . فيعتقد بظروف المسئول الظاهرة للمضرور أى المنظورة للمضرور لأن هذه الظروف هى التى تجعل الأخير يتوقع من المسئول مسلكا معينا، فإذا انحرف المسئول عن هذا المسلك كان مرتكبا للخطأ . فالصبي فى العاشرة لا يبعث فى النفس من الثقة إلا ما يبعثها من وهو فى مثل سنه من أوسط الصبيان فلا يجوز أن يقاس مسلكه بمسلك الرجل الكبير ، ومساعد الطبيب لا يبعث فى النفس الثقة التى يبعثها الطبيب . ولهذا يجب الاعتداد بالظروف الظاهرة أى المنظورة للمضرور سواء كانت تتعلق بالزمان أو المكان أو كانت تتعلق

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤١١ هامش (١) - محمود جمال الدين

زكى فى الوجيز ص ٢٤٠ .

بصفات أو مكنات خاصة بالمسئول ولكنها ظاهرة منظورة للمضرور كالمسئول ودرجة التعليم ، ودرجة التخصص والبيئة والطبقة الاجتماعية ، مع ملاحظة أن الاعتداد بهذه الظروف لا يكون - بطبيعة الحال - إلا حيث يكون لها أثر في الإيحاء إلى الغير بمسلك معين . ولا يقتصر الأخذ بهذا المعيار على المسئول، بل يعتد به بالنسبة إلى المضرور كذلك في الحال التي ينسب إليه فيها خطأ ساهم في إحداث الضرر ، فيقاس فعل المضرور على ضوء مسلك الرجل المعتاد إذا وجد في مثل ظروفه الظاهرة أى للمنظورة للمسئول وقت حصول الحادث بغض النظر عما إذا كانت هذه الظروف خارجية أو داخلية إذ الجوهرى هو بمدى ما تبعثه من ثقة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " السرعة التى تصلح أساسا للمساءلة المدنية فى جريمة القتل خطأ ليس لها حدود ثابتة وإنما هى تتجاوز الحد الذى تقتضيه ملائمة الحال وظروف المرور وزمانه ومكانه فيتمسب من هذا التجاوز الموت ولايغير من ذلك أن تكون السرعة داخلية فى الحدود المسموح بها طبقا للقرارات والقواعد المنظمة للمرور واستخلاص ما إذا كانت سرعة السيارة فى ظروف معينة عنصرا من عناصر

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ١٢٠٤ - سليمان مرقس ص ٢١٨ ومابعداها.

الخطأ أو لا تعد هي مسألة تقديرية متروكة لمحكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض متى كان ذلك فإن إسناد الحكم للمطعون فيه الخطأ لسائق السيارة الملاكى لأنه كان يسير بسرعة زائدة للأسباب السائغة التى أوردتها لا رقابة عليه لهذه المحكمة .

(طعن رقم ٥٦١، ٥٦٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧)

٣٠٥- انطباق المعيار على الخطأ الإيجابى والخطأ السلبي :

المقرر أن تطبيق المقياس المجرد لا يقتصر على الخطأ غير العمدى (الإهمال أو التقصير) ففى الخطأ العمدى أيضا يطبق المقياس المجرد ولا يكفى لتطبيقه أن يقال إن الشخص العادى فى سلوكه المألوف لا يقصد الإضرار بالغير فيكون الخطأ العمد انحرافا عن هذا السلوك المألوف ذلك أن من يتعمد الإضرار بالغير لا يكون مخطئا فى جميع الأحوال . فالتاجر الذى ينافس تاجرا آخر منافسة شريفة لا يكون مسئولا حتى ولو تعمد الإضرار بنفسه ، وإنما يكون من يتعمد الإضرار بالغير متعديا إذا هو انحرف فى سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادى فى هذه الحالة أيضا يطبق المقياس المجرد ولا يفنى عنه قصد الإضرار بالغير ^(١).

(١) السهورى ص ٦٤٩ هامش (١) - الناصورى والشواربى ص ٩٥

وما بعدها - عبد المنعم الصده ص ٤٥٥ .

٢٠٦. انطباق المعيار على كافة درجات الخطأ :

ينطبق معيار الشخص العادى الذى ذكرناه على كافة درجات الخطأ ، ولو كان الخطأ تافها . لأن نص القانون عام يوجب المسؤولية على فاعل الخطأ قل شأن هذا الخطأ أو جل . وعلى ذلك تتحقق المسؤولية بالخطأ التافه والخطأ اليسير والخطأ الجسيم (١).

ولا يقدح فى ذلك أن المحاكم تميل من الناحية العملية إلى زيادة التعويض فى حالة الخطأ الجسيم عنه فى حالة الخطأ التافه والخطأ اليسير . وأن للشارع نفسه يعتد بدرجة جسامه الخطأ فى حالة الغرامة التهديدية (م ١٢٤ مدنى) ، وفى حالة توزيع المسؤولية عند تعدد المسئولين عن عمل ضار (م ١٦٩) .

فهذه الحالات التى تظهر فيها أهمية التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ليس من شأنها أن تؤثر على المعيار الذى يجب أن يقاس به التعدى فى الخطأ لمعرفة ما إذا كان هناك إخلال بالتزام قانونى . فإذا اتضح أن هناك انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادى توفر الخطأ سواء كان هذا الانحراف جسيما أو يسيرا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر بنص المادة ١٦٣ من القانون المدني أن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " . وكان معنى الخطأ في تطبيق هذا النص يشمل مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء مما مفاده أن المشرع في نطاق المسؤولية التقصيرية لا يميز بين الخطأ العمدى وغير العمدى ولا بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير فكل منها يوجب تعويض الضرر الناشئ عنه وأنه يكفى لقيام المسؤولية مجرد إهمال اتخاذ ما توجبه الحيلة أو البقطة ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد اشترط لقيام مسؤولية الشركة المطعون ضدها أن يرقى الخطأ الذى وقع من جانبها إلى مرتبة الخطأ العمدى أو الجسيم فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث بما فى أوجه الطعن " .

(طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٦/٢/١٧ - غير منشور)^(١)

٢٠٧- أثر حسن النية أو سوءها فى تقدير الخطأ :

لا يؤثر حسن النية فى وجود الخطأ . فحسن النية لا ينفى وقوع للخطأ .

(١) لورده الناصورى والشولوبى ص ٨٢ .

فمن يتلف مال غيره بإهمال منه لايجوز له أن يعتذر بحسن نيته، ولايجديه ذلك فى دفع مسؤوليته عن هذا الإتلاف . والطبيب الذى يجرى بعض التجارب للخطرة على مرضاه يرتكب خطأ يجعله مسئولاً بالرغم من حسن نيته ومن الباعث النبيل الذى دفعه إلى إجراء هذه التجارب .

ومن أوقع حجزاً على غيره دون حق يلزم بتعويض الضرر سواء كان حسن النية أو سيئها .

وإذا قام المؤجر برفع منقولات المستأجر وبضائعه من العين المؤجرة بناء على مشورة محاميه ، فإن اعتقاده سلامة رأى محاميه وحسن نيته المتفرع على ذلك لا يعفيانه من مسؤوليته المدنية عن الأضرار التى سببها للمستأجر بذلك .

وسوء النية قد يكفى فى ذاته لجعل الفعل الضار خطأً يوجب المسؤولية بقطع النظر عن أى خطأ آخر . ومن هذا القبيل ما قضت به المحاكم المختلطة من أن شراء شئ مسروق مع العلم بمصدره يعتبر خطأً موجبا للمسؤولية المدنية . فإن الشراء فى ذاته ليس خطأً وإنما للذى يجعله كذلك هو العلم بأن المبيع مسروق . وكذلك أحوال إساءة استعمال الحق فإن توافر الخطأ فيها يرجع إلى استعمال الحق بقصد الإضرار أى بسوء نية فيكون إثبات حسن نية صاحب الحق فيها نفيًا للخطأ من جانبه (١).

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٩ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المسئولية التقصيرية تقع على المتسبب بذات الفعل أو الترك
الضار سواء أكان متعمدا أم مقصرا، وسواء أكان حسن القصد أو
سيئه " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٧ ق جلسة ١٦/١٢/١٩٣٧)

٣٠٨- إثبات التعدي :

تقضى القاعدة العامة في الإثبات ، قاعدة " البينة على ما ادعى"
بأن يثبت للمضرور وهو المدعى بالتعويض دعواه وذلك بأن يقيم
الدليل على توافر أركان مسئولية المدعى عليه ومنها ركن الخطأ .
ولأن الخطأ إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه وهو
يتكون من عنصرين مادي ومعنوي - كما سنرى - يعتبر كل منهما
واقعة قانونية وليس تصرفا قانونيا . وهو بهذا الوصف يجوز إثباته
بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذي نشأ
عنه الحادث وليرتبط معه برابطة السببية " .

(طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٥/٥/١٩٥٨)

(١) سليمان مرفس ص ٤٦١ - السنهوري ص ٦٤٩ ومبجدها .

وتحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره. أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط المسبب بالسبب والمعلوم بالعلة ، وكذلك وصف ذلك للفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا تنطبق المادة ١٥١ من القانون المدنى إلا إذا توافرت شروط ثلاثة : الأول حصول فعل أو ترك ، والثانى أن ينشأ أو يتسبب عن ذلك الفعل أو الترك ضرر للغير ، والثالث أن يكون ذلك الفعل أو الترك خطأ . وتحقيق حصول للفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره . أما ارتباط الفعل والترك بالضرر الناشئ ارتباط المسبب بالسبب والمعلوم بالعلة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/١/١١)

٢- " لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى تكليفها للأفعال الصادرة من المدعى عليه - فى دعوى المسؤولية - بأنها خطأ . فإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن تقويم هيئة

الإذاعة تمثيلية بأنها مقتبسة من قصة لكاتب إنجليزي لا بدع فى أذهان المستمع لهذه التمثيلية أى ليس فى أن حوالثها - بما فيها حادثة نشر خبر مكنوب فى جريدة للخبر وإدانة صاحبها ورئيس تحريرها جنائياً بسبب هذا النشر - كل ذلك من نسج خيال واضع التمثيلية ولا ظل له من الواقع فإنه لا يمكن بعد ذلك أن تنصرف أذهان جمهور المستمعين إلى أن صحيفة من الصحف التى تصدر فعلاً على اعتبار أنها المعنية فى القصة بنشر الخبر المكنوب حتى ولو تشابه اسم هذه الصحيفة مع اسم الجريدة الذى ذكر فى مجريات التمثيلية ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه على أن ما ورد فى مجريات التمثيلية عن الجريدة التى نشرت الخبر المكنوب قد انصرف فى الأذهان إلى صحيفة المطعون عليهما وعلى هذا الأساس اعتبر الحكم عدم تحقق هيئة الإذاعة من وجود جريدة تحمل نفس الاسم الذى أطلقه واضع التمثيلية على الجريدة الكاذبة انحرافاً من الهيئة عن السلوك الواجب يتحقق به ركن الخطأ ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون لأن ما وصفه بأنه خطأ مستوجب لمسئولية الطاعنين لا يعتبر كذلك " .

(طعن رقم ٢٤٦ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٦/٣٠)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن وصف الفعل بأنه خطأ موجب للمسئولية فى هذا الوصف عنه هو من المسائل القانونية التى يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/٣/٢٨)

٤- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تكليف الفعل المؤسس عليه للتعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض " .
(طعن رقم ٢٨٤٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٣)

٥- (أ)- " المقرر أنه ولئن كان استخلاص الفعل الذي يؤسس عليه طلب التعويض مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون هذا الاستخلاص سائغا وله أصل ثابت بالأوراق فضلا عن أن تكليف هذا الفعل بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض " .

(ب)- " يتعين على الحكم الذي ينتهى إلى مسئولية خصم عن الأضرار الناشئة عن استعمال حق التقاضى أن تورد العناصر الواقعية والظروف الحاصلة التي يصح استخلاص نية الانحراف والكيد منها استخلاصا سائغا " .

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

ثانيا : الركن الثانى للخطأ (الإدراك)

٣٠٩- المقصود بالإدراك :

الإدراك هو الركن المعنوى فى الخطأ ، ولا خطأ وبالتالى لامتسولية دون تمييز . والتمييز إنما يتوافر ببلوغ الصغير سن السابعة دون أن يعرض له ما يفقده العقل .

وقد كان التقنين المدنى صريحا فى اشتراط التمييز ، فنص فى الفقرة الأولى من المادة ١٦٤ مدنى على أن : " يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز " .

٣١٠- حالات لا يكون التعدى فيها خطأ :

إذا كان الأصل فى التعدى أنه يعتبر عملا غير مشروع ، إلا أن هناك حالات ترتفع فيها عنه هذه الصفة فلا يترتب على وقوعه أية مسئولية من جانب محدث الضرر .

وهذه الحالات هى :

١- حالة الدفاع الشرعى :

(أنظر شرح المادة ١٦٦) .

٢- حالة الضرورة :

(أنظر شرح المادة ١٦٨) .

٣- حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس .

(أنظر شرح المادة ١٦٧) .

٣١١- مسئولية الشخص المعنوى :

كما يسأل الشخص الطبيعي يسأل الشخص المعنوى ، وهو كما يسأل مسئولية عقدية يسأل مسئولية تقصيرية . لأن المسئولية إنما تقع على ذمة الشخص المعنوى . وهذه المسئولية تستلزمها الضرورات العملية ، ذلك أن الشخص المعنوى يقوم فى المجتمع الحديث بنشاط بالغ الخطر ومعظم أسباب الضرر تملكها أشخاص معنوية ، ثم لايجوز القول بالاكتهاء بمسئولية ممثل الشخص المعنوى الشخصية . فلئن فعلنا لحملناه عبئاً يجاوز حد الطاقة فضلاً عن أنه من الناحية الأخرى لا يستطيع بموارده مهما عظمت مواجهة كافة دعاوى التعويض التى قد ترفع من المضرورين . هذا إلى أنه قد يصعب أحياناً تحديد المسئول كما لو كان الخطأ نتيجة قرار اتخذته جمعية عمومية لشركة مساهمة كبرى . من أجل ذلك كله تقررت مسئولية الشخص المعنوى نزولاً على حكم الضرورة ، فوق ما فى ذلك من إرضاء للشعور بالعدالة .

ويختلف الشخص الاعتبارى عن الشخص الطبيعي فى أن طبيعته تأبى أن ينسب إليه تمييز يتوفر معه عنصر الإدراك فى الخطأ . وهذا أمر لا أهمية له إذا كان الخطأ قد صدر من شخص يمثل الشخص الاعتبارى ويمكن اعتباره تابعاً له ، إذ فى هذه الحالة تكون مسئولية الشخص الذى اقترف الخطأ مسئولية شخصية- ومسئولية الشخص الاعتبارى هى مسئولية المتبوع عن أعمال التابع وهذه المسئولية لا يطلب فيها أن يتوفر الإدراك لدى المتبوع لأنها لا تقوم على الخطأ .

٣١٢- الخطأ المصلحي (المرفقى) :

الخطأ المصلحي (المرفقى) ، هى الخطأ الذى يقتضيه الموظف فى سبيل أدائه ما عهد به إليه من أعمال الوظيفة ، فهو يمثل إخلالا بالتزام قانونى يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ، ويصدر من التابع بمناسبة تسيير المرفق ومباشرته لنشاطه ، فإذا ترتب على هذا الخطأ ضرر بالغير ، رجع المضرور على المرفق بالتعويض ، ومثل ذلك النشاط الذى يقتضيه أحد العاملين بالمرفق تنفيذاً للتعليمات الصادرة له من المختص بالمرفق كقطع المياه والإنارة والاتصال التليفونى رغم سداد الاشتراك .

أما السلوك الذى لم يتطلبه تسيير المرفق فيتوافر به الخطأ الشخصى للتابع ، وهذا الخطأ هو ما يهدف الموظف به إلى غير ما تتطلبه رسالته فى عمله أى الإساءة فى استعمال الوظيفة ، ويمكن القول بأن المعيار فى التفرقة بين الخطأ المصلحي والخطأ الشخصى ينحصر فى نية الموظف وجسامة الخطأ ، فإذا كان الموظف يتوخى فيما يؤديه من عمل إرضاء مصلحة خاصة له ، أو إشباع رغباته وأهوائه ، أو كان خطؤه جسيماً وإهماله فاحشاً ولو خلا من الغرض فإن الخطأ فى هذه الحالة يعتبر خطأ شخصياً ، أما إذا كان الموظف فيما يقوم بأدائه يهدف إلى مقتضيات ما عهد به إليه فيما يصدر عنه من خطأ فى هذا هو خطأ مصلحي .

فرجل الإدارة الذى يمنح مهلة للمستأجر المحكوم بطرده ، يرتكب خطأ شخصياً لا يتصل بواجبات وظيفته ، وكذلك الجراح فى

المستشفى الحكومي الذي يجري جراحة بغير رضا المريض ، وكذلك عامل الطرق الذي يقطع بدافع الإساءة شجرة مثمرة ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الخطأ المرافق هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذي قام به مادياً أحد العاملين به ويقوم على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقاً للقواعد التي يسير عليها سواء أكانت هذه القواعد خارجية أي وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق أم داخلية سنها المرفق لنفسه ويقتضيها السير العادي للأمور " .

(طعن رقم ٩٠٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٦/١٩)

٢- " الخطأ المرفقي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذي قام به مادياً أحد العاملين بالمرفق ، ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقاً للقواعد التي يسير عليها سواء كانت هذه القواعد خارجية أي وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق ، أو داخلية أي سنها المرفق لنفسه أو يقتضيها السير العادي للأمور ، وإذا كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه من الحكم المطعون فيه فيما قضى به من إلزام الطاعن والمطعون عليه بتعويض المضرورين عن موت المجنى عليه أنه أسس قضاءه بالتعويض التزاماً بحجية الحكم الجنائي الذي

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٦٦٠ وما بعدها .

أدان المطعون عليه فيما نسب إليه من إهمال لقيادته السيارة بحالة نجم عنها الخطر دون أن يتأكد من خلو الطريق أمامه فاصطدم بالمجنى عليه وأحدث به الإصابات التي أودت بحياته ، لما كان ذلك وكان ما صدر من المطعون عليه من خطأ رتب مسئوليته عن الضرر الموجب للتعويض المقضى به لا يعد أن يكون خطأ شخصيا يسأل عنه التابع وبالتالي يحق للمتبوع الكفيل المتضامن معه الرجوع عليه بما يوفيه عنه من تعويض للمضرور عملاً بنص المادة ١٧٥ من القانون المدني ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر أن ما صدر من المطعون عليه تابع الطاعنين خطأ مهنيا وأعمل حكم قانون العاملين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(طعن رقم ٢٧٥٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٦)

٣- " الخطأ المرفقى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو الخطأ الذى ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذى قام به مادياً أحد العاملين به ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذى تسبب فى الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقاً للقواعد التى يسير عليها سواء أكانت هذه القواعد خارجية أى وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق أو داخلية أى سنّها المرفق لنفسه أو يقتضيها السير العادى للأمور " -

(طعن رقم ٢٢٢٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٠)

(أنظر شرح المادة ١٧٤) .

الركن الثانى للمسئولية التقصيرية (الضرر)

٣١٤- تعريف الضرر :

الضرر هو ما يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة له . والضرر هو للركن الثانى فى المسؤولية . فلا يكفى وقوع الخطأ لقيام هذه المسؤولية ، وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر أصاب طالبه ولأن مدعى المسؤولية لا تكون له مصلحة فى الدعوى ، إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه^(١).

فالشروع فى الجريمة مثلاً قد يؤدى إلى المسؤولية الجنائية ، وهو يعتبر خطأ مدنياً ، ولكنه لا تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إلا إذا ترتب عليه ضرر .

وإذا أخطأ محضر فى إعلان صحيفة استئناف فلا مسؤولية عليه إذا ما حكم برفض الاستئناف شكلاً متى استبان أن الاستئناف كان واجب الرفض موضوعاً^(٢).

وإذا نبح شخص شاة غيره دون إذن ثم أثبت أنها كانت أوشكت أن تتفق وقت أن نبحها اتعمد الضرر من نبحها ، وكذلك إذا كسر قطعة نقد مزيفة دون إذن صاحبها فإنه لا يسأل عن ذلك لأنه لا ضرر من فعله .

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٣٣٢ - عبد المنعم الصده ص ٤٨٧ .

(٢) أحمد حشمت أبو سيئ ص ٤٣٥ .

والضرر نوعان : مادي وأدبي ، وليس يقصد بذلك أن الضرر يكون ماديا إن وقع تحت الحواس ويكون أدبيا إن لم يقع تحتها ، وإنما يقصد بالضرر المادي هو الضرر الذي يمس مصلحة مشروعة للمضرور في شخصه كالاعتداء على سلامة جسمه ، أو على ماله ، إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصلحة مالية له .

أما الضرر الأدبي فهو كل ما يؤذي الإنسان في شرفه أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره .

٣١٥- الضرر المادي والأدبي :

أنظر في التفصيل (شرح المادة ١٧٠) .

الركن الثالث للمسئولية التقصيرية (علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر)

٢١٦- المقصود بعلاقة السببية :

يقصد بعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذى ارتكبه المسئول والضرر الذى أصاب المضرور وهى ركن مستقل عن ركن الخطأ . فلا يكفى إذن أن يتوافر الخطأ والضرر إذا لم يكن هذا الضرر قد نجم عن ذلك الخطأ .

فإذا قاد شخص سيارة دون أن يحصل على رخصة قيادة ، ثم صدم شخصا ظهر فجأة فى طريقة بحيث لم يكن يستطيع أن يتفاداه ، فإنه لا يكون مسئولا عن هذا الحادث بالرغم من خطئه فى القيادة دون ترخيص لانعدام السببية بين هذا الخطأ والحادث الذى وقع ، وكذلك إذا انزوى الخفير النظامى فى مكان خفى من دركه وأخذ يغط فى نومه ، ثم وقعت فى هذا الوقت سرقة فى دركه ، فإنه لايسأل عن هذه السرقة لمجرد استرساله فى النوم فى الوقت المكلف فيه بالسهر ، وإنما يلزم لذلك أن يقوم الدليل على أن هذا الخطأ نتيجته المباشرة حصول السرقة^(١) .

وإذا دس شخص لآخر سما ، وقبل أن يسرى السم فى جسم المسموم يأتى شخص ثالث فيقتله بمسمن . فهنا خطأ هو دس السم

(١) سليمان مرقس ص ٤٦٦ .

وضرر هو موت المصاب ، ولكن لا سببية بينهما إذ الموت سببه إطلاق للمسدس لا لس السم ، فوجد الخطأ ولم توجد السببية (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القانون يوجب التعويض الجابر لكل ضرر متصل السبب بأصله الضار " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/٣)

٢- " متى كانت محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسؤولية التقصيرية على أن وقوع الحادث للطائرة - والذي أودى بحياة طيارها - دون أن يعرف سببه لا يلزم منه اعتبار شركة الطيران مرتكبة لخطأ يقتضى الحكم عليه بالتعويض إذ يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذى نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطة السببية ، وأنه متى كان سبب احتراق الطائرة فى الجو غير معلوم ولا يمكن إسناده لعيب معين فى تركيب الطائرة فإن مسئوليتها عن التعويض تعتبر منتفية - فإن هذا التأسيس صالح لإقامة الحكم وكاف فى دفع مسئولية الشركة المذكور " .

(طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

٣- " علاقة السببية من أركان المسؤولية وتوافرها شرط لازم لقيامها والقضاء بالتعويض تبعاً لذلك ، وهى تقتضى أن يكون الخطأ متصلاً بالإصابة أو الوفاة اتصال للسبب بالمسبب بحيث لا يتصور

وقوع أيهما بنظر قِلم هذا الخطأ ، وكان التقرير الطبي المرفق بالأوراق لم يجزم بسبب الإصابات التي حدثت بمورث المطعون ضدها ولا صلتها بوفاته ، وكان الحكم المطعون فيه - بالرغم من ذلك - قد ألزم الشركة الطاعة بالتعويض عن وفاة هذا المورث نتيجة ما نسبته إليها من خطأ تمثل في عدم اتخاذ احتياطات الأمن الصناعي ولم يستظهر كيف أدى ذلك إلى حدوث إصابته وأنها أدت إلى وفاته ، ومن ثم قلل الحكم يكون معيبا بالقصور في التسييب " (طعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٩)

٢١٧- ما تأثيره علاقة السببية :

تقدير قِلم علاقة السببية من عدمه من أدق المسائل التي تثيرها المسؤولية المدنية ، وترجع هذه الدقة إلى عاملين رئيسيين هما :

الأول : تعدد الأسباب : ذلك أنه يندر أن يكون للضرر سبب واحد ، بل يخلب أن تساهم عدة أسباب من بينها خطأ المدعى عليه في وقوعه . وفي هذه الحالة تجب معرفة ما إذا كانت السببية متوفرة بالنسبة إليها جميعا أم بالنسبة لبعضها فحسب . وإذا تعددت الأسباب فإنه يثور التساؤل عن أثر ذلك على مسؤولية المدعى عليه .

الثاني : تسلسل الأضرار : ذلك أنه كثيرا ما يسبب السبب الأول أضرارا متلاحقة . وفي هذه الحالة تجب معرفة ما إذا كانت السببية متوفرة بالنسبة إليها جميعا أم بالنسبة لبعضها فحسب . وإذا تعددت الأسباب فما أثر ذلك على مسؤولية المدعى عليه .

ونتناول هذين العاملين بالتفصيل فيما يلي :

أولا : حالة تعدد الأسباب

تثور مسألة تعدد الأسباب إذا كان الضرر واحدا ، واشترك في إحداثه أسباب متعددة .

مثل ذلك أن يقود شخص سيارة بسرعة أكثر مما ينبغي ، فيصدم شخصا ثملا كان يمشي في عرض الطريق .

أو أن يهمل مالكا في حراسة سيارته فيسرقها شخص ويقودها بسرعة كبيرة فيسبب حادثا للغير .

أو يضرب شخص بقبضة يده آخر على رأسه المصابة بضعف استثنائي في عظام الجمجمة ، ضربة خفيفة فتؤدي إلى انحساف في رأس المعتدى عليه .

فهنا يثور التساؤل ، عما إذا كانت علاقة السببية متوافرة في كل من سببي الحادث معا أم في أحدهما فقط .

وقد نشأت في ذلك نظريتان نعرض لهما فيما يلي .

النظرية الأولى :

٣١٨- نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب :

صاحب هذه النظرية الفقيه الألماني فون بيرى (von Buri) . ومضمون النظرية أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر بحيث لولاه ما حدث الضرر - مهما كان بعيدا - يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر ، وتعد كلها متعادلة من حيث التسبب في الضرر .

وبناء على ذلك يعتبر كل من قيادة السيارة بسرعة ووجود المجنى عليه ثملا سببا فى حصول الوفاة .
وكل من إهمال المالك فى حراسة السيارة وقيادتها بسرعة كبيرة سببا فى وقوع الحادث للغير .
وكل من الضرب والضعف الاستثنائى فى الجمجمة سببا فى انحساف رأس المعتدى عليه .
وهذه النظرية سادت الفقه المصرى إلى وقت قريب .

النظرية الثانية :

٣١٩- نظرية انسبب المنتج (الفعال) :

قال بهذه النظرية الفقيه الألمانى فون كريس
وهى تميز عند تعدد الأساليب بين الأسباب المنتجة (الفعالة)
والأسباب العارضة . وتعتبر الأسباب المنتجة هى وحدها أسباب
الضرر .

ويراد بالسبب المنتج السبب المألوف الذى يحدث الضرر عادة
فهو يكفى وحده لإحداث الضرر .

أما السبب العارض فهو السبب غير المألوف الذى لا يحدث
الضرر عادة ولكنه أحدثه عرضا ولا أهمية لكون السبب العارض
قد ساهم فى وقوع الضرر .

ففى مثل التمثل الذى داهمته السيارة المسرعة اجتمع سببان فى
إحداث الضرر . خطأ التمثل وخطأ القائد ، وكلاهما مسبب مألوف

يحدث هذا الضرر عادة ، فهما سببان منتجان وصاحباهما مسئولان معا .

وفى هذا السيارة المسروقة . فإن إهمال مالك السيارة فى حفظها ليس من شأنه وفقا للمجرى العادى للأمر أن يحدث إصابة الغير . فإذا أدى إلى ذلك فى هذا المثل فلكنه اقترن مصادفة بسبب منتج من شأنه وحده أن يحدث تلك الإصابة وهو القيادة بسرعة كبيرة . فيكون هذا السبب الأخير هو المنتج أو الفعال الذى يعول عليه من الناحية القانونية فى إقامة المسؤولية . أما إهمال المالك فى حفظ السيارة فلا يعتبر إلا سببا عارضا لا يقام له وزن فى تقصى رابطة السببية القانونية بين الضرر ومسببه (١) .

وفى مثل الضرب على رأس المجنى عليه . فإن الضربة تعتبر سببا عارضا للوفاة لأنها لم تكن تؤدى إلى وفاة شخص عادى ، ولكن إذا كان المعتدى عليه رضيعا ، لم يكتمل نمو عظام رأسه فإن تلك الضربة تعتبر سببا منتجا للوفاة لأنها تؤدى بحسب المجرى العادى للأمر إلى وفاة الطفل وهذه النظرية هى التى يأخذ بها الفقه والقضاء الآن .

(١) السهنورى ص ٧٦٠ ومابعدها - سليمان مرهس ٤٦٩ ومابعدها - عبد المنعم الصده ص ٤٩٧ ومابعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٢٧٠ ومابعدها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائغة أن خطأ الحكومة (الطاعنة) هو الذى أدى إلى وقوع السرقة وأنه لولا هذا الخطأ ما كانت لتقع بالصورة التى وقعت بها وما كان الضرر الذى لحق المطعون ضدها ، فإن هذا الخطأ يكون من الأسباب المنتجة والمؤثرة فى إحداث الضرر وليس سببا عارضا وبالتالي تتحقق به مسئولية الحكومة عن هذا الضرر " .

(طعن رقم ٤٥٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٣٠)

٢- " لا يكفي لنفى علاقة السببية بين-الضرر والخطأ الثابت وقوعه ، القول بوجود أسباب أخرى من شأنها أن تسبب هذا الضرر ذلك أنه يجب لاستبعاد ذلك الخطأ كسبب للضرر أن يتحقق توافر أحد هذه الأسباب الأخرى وأن يثبت أنه السبب المنتج فى إحداث الضرر . فإذا كان للحكم قد اكتفى بإيراد رأى علمى مجرد يقول بوجود عوامل أخرى تؤدي إلى حدوث الضرر دون أن يتحقق الحكم من توافر أحد هذه العوامل فى خصوصية النزاع وأنه هو السبب المنتج فى إحداث الضرر فإنه يكون قاصرا فيما أورده من أسباب لنفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر " .

(طعن رقم ٣١٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٩)

٣- ركن السببية فى المسئولية التقصيرية لا يقوم إلا على السبب المنتج الفعال المحدد للضرر دون السبب العارض الذى ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر مهما كان قد أسهم

مصادفة في إحدائه بأن كان مقترنا بالسبب المنتج . لما كان ذلك ، وكان السبب المنتج الفعال في وفاة ابن المطعون ضدهما هو إشعاله النار في نفس عمدا أما إهمال تابعي الطاعن في حراسته فلم يكن سوى سببا عارضا ليس من شأنه بطبيعته إحداث هذا الضرر ومن ثم لا يتوافر به ركن المسؤولية موضوع دعوى المطعون ضدهما ولا يعتبر أساسا لها " .

(طعن رقم ١٢٤٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٢٤)

٤- " إن كان قانون التأمين الإجبارى من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات يستلزم التأمين على المقطورة على استقلال عن الجرار باعتبارها إحدى المركبات وفقا لقانون المرور حتى تغطي شركة التأمين المؤمن عليها لديها الأضرار الناتجة عن الحوادث التى تقع بواسطتها إلا أن المعيار فى تحديد المسؤولية عند تعدد الأسباب المؤدية إلى الضرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يكون بتحديد السبب الفعال المنتجى إحدائه دون السبب العارض " .

(طعن رقم ٦٥٧٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٦)

٥- " ركن السببية فى المسؤولية التقصيرية لا يقوم إلا على السبب المنتج الفعال المحدث للضرر دون السبب للعارض الذى ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر ، مهما كان قد أسهم مصادفة في إحدائه بأن كان مقترنا بالسبب المنتج " .

(طعن رقم ٤٦٢٣ لسنة ٦٧ ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٩)

٢١٩ مكررا - الأثر الذي يترتب على تعدد الأسباب :

إذا تعددت الأسباب المنتجة للضرر فإنه تجب مساواة كل من أسهم فيها أيا كان قدر خطئه . ولا ينفرد بتحمل المسؤولية الخطأ الأكبر وحده ، مهما كانت جسامته سواء كان عمدا إهمالا .

والمسؤولية تكون فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض (م ١٦٩ مدنى) .

وإذا وقف القاضى على نسبة جسامه الخطأ فيجوز ألا يكون التعويض بالتساوى فيما بينهم فى هذه الحالة . فيعين القاضى نصيب كل من المسؤولين عن الفعل للضرر بنسبة جسامه الخطأ الذى ساهم فيه المسئول فى الضرر الذى لحق بالمضرور .
(أنظر شرح المادة ١٦٩) .

وسنرى أن هذا يتفق مع نص المادة ٢١٦ مدنى .

فإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور فى إحداث الضرر ، كما إذا أسرع سائق السيارة فى سيره فاعترض طريقه شخص ثمل فصدمه ، كان هناك مشترك ، ورجع المضرور على المسئول بنصف التعويض الجابر للضرر أو بالنسبة التى يقدرها القاضى .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ الغير ، كما إذا قاد شخص سيارة بسرعة تجاوز القدر المناسب لحالة الطريق ، فاعترضته حفرة بالطريق أحدثها شخص من الغير فانقلبت السيارة وأصابته أحد المارة ، فإن هذين الخطئتين يكونان قد أسهما فى وقوع الضرر ،

ويكون المدعى عليه مسئولاً نحو المضرور عن تعويض كامل ، ويرجع بنصف التعويض - أو بالنسبة التي يحددها القاضى - على الغير الذى أحدث الحفرة بالطريق .

وإذا اجتمع خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير . كما إذا قاد السائق السيارة بسرعة تجاوز القدر المناسب لحالة الطريق ، فسقطت السيارة بحفرة أحدثها الغير بالطريق فأصاب شخصاً ثملاً كان يعبر الطريق ، كان السائق مسئولاً نحو المضرور عن ثلثى التعويض ، ويرجع السائق بالثلث على الغير ، ما لم يحدد القاضى نسبة أخرى .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقيام قوة قاهرة فى إحداث الضرر ، كان المدعى عليه مسئولاً عن التعويض الكامل ، لأن خطأه كان سبباً فى إحداث الضرر ، ولا يستطيع الرجوع على أحد ، لأن الحادث الذى اشترك مع خطئه فى إحداث الضرر كان قوة قاهرة ، فيتحمل وحده المسؤولية كاملة^(١).

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة المدنية - بأن :

١- " رابطة السببية فى المسؤولية التقصيرية تقوم على الخطأ المنتج للضرر والخطأ المنتج هو ما كانت مساهمته لازمة فى إحداث الضرر ولم يكن مجرد نتيجة لخطأ آخر ، فإذا ما تعددت هذه الأخطاء اعتبرت أسباباً مستقلة متساندة تتنوع المسؤولية عليها جميعاً ولا ينفرد بتحملها الخطأ الأكبر وحده تلك أن قضاء هذه المحكمة

(١) السهوى ص ٧٦٢ وما بعدها .

جرى على أنه مهما كانت جسامه الخطأ الأشد فإنه لا يستغرق غيره من الأخطاء المستقلة إلا إذا كافيا لإحداث النتيجة بالصورة التي تمت بها مستغنيا بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى ، لما كان ذلك وكانت أحكام المسؤولية التقصيرية لا تفرق بين الخطأ العمدى وغير العمدى ، فإن الحكم المطعون فيه إذا خلاص إلى انتفاء مسؤولية المطعون ضده الثانى عن خطئه غير العمدى على سند من إطلاق القول بأن الخطأ العمدى يستغرق حتما الخطأ غير العمدى ورتب على ذلك وحده القضاء برفض دعوى الطاعن قبل المطعون ضدهما الثانى والثالث حاجبا نفسه عن بحث مدى أثر خطأ المطعون ضده الثانى فى إحداث الضرر موضوع الدعوى ، يكون - فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون - معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ٦٤٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٦)

٢- " تعدد الأخطاء الموجبة لوقوع الحادث يوجب مساهلة كل من أسهم فيها أيا كان قدر الخطأ المنسوب إليه " .

(طعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/٣/٢٨)

كما قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " إذا وقعت حادثة قتل خطأ وثبت أن المسؤولية عن وقوعها مشتركة بين المجنى عليه والجانى فإن ذلك لا يخلو الجانى من المسؤولية المدنية حتى لو كان قسط المجنى عليه من المسؤولية أعظم من قسطه وإنما يكون قسط الجانى من المسؤولية المدنية مناسبا لقسطه من الخطأ الذى ترتبت عليه الجريمة " .

(طعن رقم ٢٢٤٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٣٠/١٢/٢٥)

٢- (أ) - الأصل أن كل فعل خاطئ نشأ عنه ضرر للغير يوجب مسئولية فاعله عن تعويض ذلك الضرر . فالمسئولية واجبة ابتداء ، ولكنها قد تخف أو تتضاءل بنسبة خطأ المجنى عليه ، ومبلغ اشتراكه مع الجاني في إحداث الضرر ، وذلك ما يعرف عند علماء القانون بنظرية الخطأ المشترك ~~المشارك~~ وقد تعجب مسئولية المجنى عليه مسئولية الجاني ، متى تبين من ظروف الحادثة أن خطأ المجنى عليه كان فاحشاً إلى درجة يتلائم بجانبها خطأ الجاني ولا يكاد يذكر ، كان يكون المجنى عليه تعدد الإضرار بنفسه ، فانتهز فرصة خطأ الجاني واتخذ وسيلة لتنفيذ ما تعمد من إيقاع الإضرار بنفسه . وتلك هي الحالة الوحيدة التي يصح أن يرفض فيها طلب التعويض .

(ب) - " كل مضاربة تتضمن بطبيعتها واقعتين بالنسبة لكل متضارب : واقعة يكون هو فيها جانباً على غيره ، والأخرى يكون فيها مجنياً عليه من هذا الغير . فمن يطلب التعويض منهما تطبق على طلبه قواعد المسئولية المدنية ، ويقدر التعويض بحسب جسامه خطأ المجنى عليه الناشئ عن الضرر ، مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو في إحداث هذا الضرر لنفسه أو تسببه فيه ، ثم يقضى له بالتعويض الذي يستحقه ، أو يرفض طلبه متى كان خصمه قد طلب أيضاً تعويض فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يعادل تعويضه ، أو وجدت أنه يربى على تعويضه ، فأوقعت المقاصة بين التعويضين ، وقضت لخصمه بالزائد . وكل

ما تجرّبه المحكمة من ذلك يجب بيّنه في الحكم . أما القول من
بادئ الأمر أنه مادام كل فريق قد اعتدى على الآخر فقد سقط حقه
في طلب التعويض على كل حال قول ممتنع .

(طعن رقم ٢٢١٩ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١١/٢٨)

٢٢٠- متى يستغرق أحد الخطأين الأخطاء الأخرى ؟

ذهب رأى في الفقه إلى أنه إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه
وخطأ الغير شأن في إحداث الضرر . وكان أحد الخطأين يستغرق
الخطأ الآخر اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب في إحداث
الضرر . فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى
عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ الغير في هذه
المسئولية . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير
وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ المدعى عليه في
هذه المسئولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر - إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو
الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر ^(١) .

إلا أن محكمة النقض ذهبت إلى أنه مهما كانت جسامه الخطأ
الأشد فإنه لا يستغرق غيره من الأخطاء المستقلة إلا إذا كافيها
لإحداث النتيجة بالصورة التي تمت بها مستغنيلاً بذاته عن مساهمة
الأخطاء الأخرى . وأن أحكام المسئولية للتقصيرية لا تفرق بين

(١) السهوري من ٢٥٤- محمود جمال الدين زكي من ٢٨١.

الخطأ العمدى والخطأ غير العمدى ، ومن ثم فإن الخطأ الأول
لايستغرق الخطأ الأخير فى جميع الأحوال ، أى كقاعدة عامة " .
(طعن رقم ٦٤٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٦)
(راجع أيضا نقض جنائى طعن رقم ٢٢١٩ لسنة ٢ ق جلسة
١٩٣٢/١١/٢٨ المنشور بالبند السابق) .

ثانياً : تسلسل الأضرار

٢٢١- المقصود بتسلسل الأضرار :

إذا وقع ضرر نتيجة خطأ ، ثم تعاقبت الأضرار الناشئة عن هذا الخطأ ، فلا يسأل من ارتكبه إلا عن الضرر الذى يعتبر وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٢١ مدنى نتيجة طبيعية له . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . وهو ما يعبر عنه بالضرر المباشر إذ تجرى هذه الفقرة على أن :

" إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون ، فالقاضى هو الذى يقرره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

ونحيل فى شرح المقصود بتسلسل الأضرار إلى شرح المادة

. (٢٢١)

٢٢٢- إثبات علاقة السببية :

يذهب رأى فى الفقه إلى أن عبء إثبات علاقة السببية يقع على مدعى التعويض ، إذ يجب عليه إثبات أركان المسؤولية جميعاً بما فيها علاقة السببية^(١).

(١) المنهوى ص ٧٩٥ - سليمان مرقس ص ٤٨٠ .

بينما يذهب رأى آخر إلى أن الرأى السابق أصبح لا يتفق مع حكم المادة ١٦٥ مدنى التى تلقى على عاتق المدعى عليه إقامة الدليل على السبب الأجنبى لنفى علاقة السببية ، مما يدل على أنها افترضت قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر . إذ تنص هذه المادة على أن : " إذا أثبت للشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك " (١).

ويؤكد الرأى الأخير ما قرره الدكتور بغدادى حال مناقشة المادة (١٦٥) بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أنه : " إن أهمية هذا النص الجديد تظهر فى إبراز استقلال رابطة السببية وأثر هذا الاستقلال يتجلى فى أمرين : الأول هو أنه فيما يتعلق بالخطأ وعلاقة السببية يمكن نفي الخطأ فى بعض الأحيان ما لم يمنع هذا بنص فالخطأ مسألة وعلاقة السببية مسألة أخرى والذى أريد من هذا النص هو إظهار أن السببية شئ والخطأ شئ آخر ثم إن الأصل فى علاقة السببية هو أنه مادام أن هناك ضرر متصل بفعل شخص فرباط السببية مفترض إلا إذا أقام هو الدليل على عكس ذلك ، على أن هذا النص لا يأتى بجديد لأن أغلب أحكام المحاكم تأخذ به فالغرض منه هو إظهار الغلوض وهو يضع قاعدة إثبات ، والجديد

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٨٢ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٣٤.

فى صيغته هو الإشارة إلى أن علاقة السببية مفترضة لكن الخطأ غير مفترض^(١).

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى بالأخير إذ قضت بأن :

" متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر فإن القرينة على توفر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور وللمسئول نقض هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه " .

(طعن رقم ٤٨٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١١/٢٨)

٣٢٣- قيام علاقة السببية من المسائل المتعلقة بالواقع :

استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائغ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القول بقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل المتعلقة بالواقع ، فلا يخضع قاضى الموضوع فى فهمه له لرقابة محكمة النقض إلا أن يشوب تسببه عيب " .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٣/١١)

٢- " استخلاص السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضى الموضوع ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائق " .
(طعن رقم ١٣٥ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/٨)

٣- " استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائق " .
(طعن رقم ٢٥٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١) (١)

(١) وقد عدلت محكمة النقض فى هذه الأحكام وغيرها عما سبق أن ذهبنا إليه من أن توافر أو عدم توافر رابطة السببية على أساس الواقع مسألة تخضع لرقابتها .

إن قضت بتاريخ ١٩٣٤/١/١١ فى الطعن رقم ٦١ لسنة ٣ ق بأن :
" ... أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ لارتباط الممبب بالسبب والمعلول بالعللة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التي يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض " .

مادة (١٦٤)

١- يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعى في ذلك مركز الخصوم .

الشرح

٣٢٤- الركن المعنوي في الخطأ (التمييز) :

ذكرنا سلفا أن الركن الثاني في الخطأ هو الركن المعنوي أى التمييز فلا يكفي ركن التعدى ليقوم الخطأ بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدى مدركا لها . وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة صراحة على أن : " يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز " .

فالتمييز إذن هو مناط المسؤولية ، فهي تقوم إذا وجد وتعدم إذ فقد .

وجعل الشارع سن التمييز سبع سنوات ميلادية (م ٤٥ مدنى) .
فالتمييز إذن يتوافر ببلوغ الصغير من السابعة . ويكون الصبى المميز مسئولا مسؤولية تقصيرية كاملة ولو لم يبلغ سن الرشد .
أما إذا لم يبلغ الصبى هذه السن فلا تجوز مساءلته .

فقد التمييز بالتأويم المغناطيسى أو بتناول المسكرات أو بتعطى
المخدرات إذا ترتب على هذه أو تلك فقدان الوعي .

إنما يشترط لانتفاء مسئولية الشخص فى مثل هذه الحالات ألا
يكون فقدان التمييز راجعا إلى خطأ منه . فمثلا لو أن فقدان الوعي
كان سببه السكر أو المخدر فإنه يفترض أن إقدام الشخص على
السكر أو تناوله المخدر كان بخطأ منه . فيكون مسئولا حتى يقيم
هو الدليل على أن ذلك لم يكن بخطأ منه . كأن يثبت أنه كان
مضطرا إلى باعث مشروع كالعلاج أو يثبت أنه لم يعهد فى نفسه
من قبل أن يفقد الوعي . ويذهب القضاء الفرنسى إلى عدم إعفاء
المجنون من المسئولية إذا كان سبب الجنون هو الإلتمان على السكر
أو الفجور (١).

وكانت المادة (٢٣١) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة
(١٦٤) مدنى تنص فى فقرتها الثالثة على أنه : " إذا أحدث شخص
ضررا ، فى وقت فقد فيه التمييز ، التزم بتعويض الضرر ، ما لم
يثبت أنه قد فقد التمييز بغير خطأ منه " إلا أنها حذفت فى لجنة
المراجعة لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة (٢).

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٤٣ وما بعدها - عبد المنعم الصده
ص ٤٥٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٥٧ وما بعدها .

لما إذا كان فقدان الوعي بخطأ من المسئول ، بأن تناول المسكرات أو المخدرات باختياره وعن بينه منها ، ودون أمر من الطبيب ، فإنه يكون مسئولا عن الخطأ ولو كان فاقدا الوعي^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" جعل التمييز مناط للأهلية فى المسئولية التقصيرية ، فمتى كان الشخص قادرا على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه ، فمرجع الأمر فى هذا الشأن ، فكرة ذاتية أو شخصية يناط بها الحكم ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة مؤقتة ، متى كان هذا الفقد راجعا إلى خطأ الفاعل ، ويتعين على محدث الضرر ، إزاء ذلك ، أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه ، إذا أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه ، فالخطأ يفترض فى هذه الحالة ، والضرر لا يأتى إلا فى المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصل رباط السببية بها ، إذ هو ينجم عن فقد التمييز ، وهذا بدوره يترتب على الخطأ ، وقد أورد التقنينان التونسى والمراكشى تطبيقا لهذا الحكم فنصا فى المادة ٩٣/١٠٢ على أن " حالة السكر لا ترفع المسئولية المدنية ، فى الالتزامات الناشئة عن الجرح وأشباهها ، متى كانت هذه الحالة اختيارية ،

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٤٣ ومابعدها .

وترتفع المسؤولية إطلاقاً إذا كان السكر غير اختياري ، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه " (١).

٣٢٥- نطاق انعدام المسؤولية لانعدام التمييز :

نطاق انعدام المسؤولية لانعدام التمييز نطاق محدود ، ذلك لأن هناك حالات غير قليلة يكون عديم التمييز مسئولاً فيها وهي :

١- إذا كان عديم التمييز هو الذي أصيب بالضرر :

عدم التمييز لا يتنافى مع ارتكاب الخطأ إذا كان عديم التمييز هو الذي أصيب بالضرر والذي يطالب غيره بالتعويض ، فيجوز للمدعى عليه أن يثبت أن الضرر إنما وقع بخطأ عديم التمييز نفسه ، فتنتفى مسؤوليته ، أو أنه أسهم بخطئه في حدوث الضرر ، فيعتبر ذلك خطأ منه موجب لتخفيف المسؤولية طبقاً لقواعد الخطأ المشترك (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٥٧ وما بعدها - وينتقد البعض ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أن التمييز أهلية تشرط في المسؤولية ، إذ الأهلية لا تكون إلا في التصرفات القانونية ، إنما يمثل التمييز هنا عنصر الإدراك الذي يجب توافره في الخطأ (عبد المنعم الصده ص ٤٥٨ - السهورى ص ٦٦٢) .

(٢) سليمان مرقس ص ٢٤١ - الدناصورى والشواربى ص ٧٧ .

٢- حالة الخطأ المفروض :

عديم التمييز فى حالات الخطأ المفروض يعتبر مسئولاً عن فعل تابعه ، وعن فعل للشئ الذى هو فى حراسته ، ولا يغنى عدم تمييزه شيئاً . وذلك لأن مسؤولية الشخص عن فعل تابعه أو عن الأشياء التى فى حراسته ليس أساسها الخطأ ، وإنما هى مقررة على أساس آخر وبصرف النظر عن فكرة الخطأ كما سنرى ^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض - للدائرة الجنائية - بجلسة ١٥/٥/١٩٤٢ فى الطعن رقم ٨٥٥ لسنة ١٢ اق بأن :

" إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى إذ نصت بصيغة مطلقة على أنه " يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعا منهم فى حالة تأدية وظائفهم " فقد أفادت أنه لا يقتضى ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفى لتطبيقها أن يكون الخطأ المنتج للضرر قد وقع من التابع أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع . وإن فىصح بناء على هذه المادة مساءلة القاصر عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن أفعال خدمه الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه ولا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه

(١) الدناصورى والشواربى ص ٧٧- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٢١ ومابعدها .

لا يتصور أى خطأ فى حقه إذ المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للإدراك والتمييز حساب وإنما هى عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله فى خدمته .

٣- أن يكون عديم التمييز وحده فى مكان المسئول :

يجب لعدم إمكان نسبة الخطأ إلى عديم التمييز أن يكون وحده فى مكان المسئول . فإذا وجد مسئول عنه ، كآب أو معلم ، صحت نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسؤولية المسئول عنه . ويكون هذا الأخير مسئولا عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصى . وسيأتى تفصيل ذلك ^(١).

٢٢٦- مسؤولية عديم التمييز فى حالات استثنائية :

ذكرنا سلفا أن الأصل أن عديم التمييز لا يكون مسئولا عن الخطأ الذى يصدر منه . ولكن نصت الفقرة الثانية من المادة على حالتين يكون عديم الأهلية فيهما مسئولا عن خطئه إذ جرت على أن: " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعى فى ذلك مركز الخصوم ."

(١) عبد المنعم الصده ص ٤٦٠ .

وهذه المسؤولية استثنائية لأنها مقررة خلافا للأصل المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة ذاتها ، إذ أنها مسؤولية دون خطأ تفرض على شخص عديم التمييز فى حين أن القاعدة أن لا مسؤولية بلا خطأ وأن عديم التمييز لا يسأل ، وإذن فلا مفر من تأسيس هذه المسؤولية على تحمل التبعة أو فكرة التضامن الاجتماعى ، ولهذا كانت مسؤولية احتياطية وجوازية ومخففة فهى مسؤولية احتياطية لأنها لايمكن الالتجاء إليها إلا إذا لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز ، وهو الشخص المكلف بالرقابة . أو وجد هذا الشخص ولكن تعذر الحصول منه على تعويض ، إما لأنه استطاع أن ينفى الخطأ عن نفسه أو لأنه رغم ثبوت الخطأ فى جانبه كان معسرا .

ومن شأن هذا الشرط تضيق نطاق هذه المسؤولية الاحتياطية إذ الغالب أن يكون عديم التمييز فى رعاية شخص غيره يكون مسئولا عنه .

وهى مسؤولية جوازية بمعنى أن أمرها متروك للقاضى الذى يجب عليه أن يراعى مراكز الخصوم . فيستطيع القاضى أن يلزم عديم التمييز بالتعويض إذا رأى أن حالته المالية تسمح بذلك . وله ألا يحكم بالتعويض إذا وجد أن حالة عديم التمييز المالية لاتسمح بإلزامه بالتعويض .

وهي أخيرا مسئولية مخففة ، فإذا رأى القاضى إلزام عديم التمييز بالتعويض ، فلا يتحتم عليه إلزام عديم التمييز بتعويض الضرر الذى أحدثه طبقا للقواعد العامة أى بتعويض كامل ، بل له إلزامه بتعويض عادل ، يراعى فيه مركز الخصوم على الأخص من الناحية المالية ، فهو يقضى بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز موفور الثراء وكان المضرور فقيرا معدا وأصيب بضرر جسيم بسبب العمل الذى صدر من عديم التمييز . وهو يقضى ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش فى غير وفر وكان المضرور فى حاجة إلى التعويض . ويجب على القاضى فى هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله موردا كافيا للنفقة على نفسه ، وعلى من تجب عليه نفقته .

ولما كانت مسئولية عديم التمييز جوازية ، فللقاضى أن يرفض التعويض إذا كان عديم التمييز فقيرا ، والمضرور يعيش فى مسعاه^(١).

(١) المسهورى ص ٦٦٦ وما بعدها - سليمان مرقص ٢٤٤ وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٢٤٤ وما بعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٢٢ وما بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فلا تترتب مسؤولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين: أولهما أن يتعذر على المصاب الرجوع بالتعويض على من نيطت به الرقابة على من أحدث الضرر ، إما لعدم إقامة الدليل على مسؤوليته ، وإما لإعساره . والثانى، أن يسمح مركز الخصوم للقاضى بأن يقرر للمضرور تعويضا عادلا . فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذن ، إذا لم يكن غير المميز قادرا على أدائه ، بل ويجوز عند الاقتدار إنقاص التعويض عدالة ، حتى يكون فى حدود سعته . ويراعى فى ذلك كله مركز المضرور نفسه ، من الناحية المادية وجسامة الخطأ ومدى الضرر ^(١) .

والحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مدنى مستحدث فى التقنين الجديد ، فليس له أثر رجعى والعبرة باليوم الذى وقع فيه العمل الضار ، فإن كان قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فالقانون القديم هو الذى يسرى ولا مسؤولية على عديم التمييز ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٥٨ .

(٢) السهورى ص ٦٦٨ .

مادة (١٦٥)

إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .

الشرح

٣٢٧- انقطاع علاقة السببية :

تتعدم علاقة السببية في المسؤولية للتقصيرية ، كما تتعدم في المسؤولية العقدية ، إذا نشأ الضرر عن سبب أجنبي لايد للمخطئ فيه . وقد ذكرت المادة (١٦٥) صور السبب الأجنبي وهي :

١- الحادث المفاجئ أو القوة للقاهرة .

٢- خطأ المضرور .

٣- خطأ الغير ^(١) .

ونعرض لها بالتفصيل فيما يلي :

(١) يرى الفقه التقليدى- الذى تأثر به الشارع فى صياغة المادة ١٦٥ أن السبب الأجنبى يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر (السنهورى ص ٧٣٥- أحمد حشمت أبو سنيت ص ٤٤٥ - محمود جمال الدين زكى ص ٢٧٨ هامش (١)- عبد المنعم الصده ص ٤٩٨ ومابعدها)- وذلك على خلاف ما يراه بعض الفقهاء من أن السبب الأجنبى يعدم الخطأ أو فى عبارة أوضح يرفع نعت الخطأ عن الفعل الضار .

أولاً : القوة القاهرة

٣٢٨- تعريف القوة القاهرة :

القوة القاهرة هي الحادث الذي لا يمكن توقعه أو دفعه ، وليس للمدين دخل في حدوثه ، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلي .

٣٢٩- عدم إمكان توقع الحادث :

يشترط ألا يكون من الممكن توقع الحادث . فإذا أمكن توقعه حتى لو استحال دفعه ، لم يكن قوة قاهرة . ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المسئول فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمر . فالمعيار لا يكتفى فيه بالشخص العادى ، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا .

ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى فقد يقع حادث فى الماضى ، ويبقى مع ذلك غير متوقع فى المستقبل ، إذا كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه .

أما إذا كان فى الوسع توقعه ، كما إذا كان يقع فى مواعيد دورية ، ولو متباعدة كالفيضان والأمطار أو يقع فى بعض الأحيان كنتفى دودة القطن فلا يعتبر قوة قاهرة .

وعدم التوقع فى المسئولية التقصيرية يكون وقت الحادث ذاته،

أما فى المسؤولية العقدية، فيكون وقت إبرام العقد . فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد ، كان هذا كافيا حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ ^(١).

٣٣٠- استعانة دفع الحادث :

يشترط أن يكون الحادث لايسطاع دفعه ، فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة .
ويجب أن تكون استعانة دفع الحادث مطلقة فلا تكون استعانة بالنسبة إلى المدين وحده ، بل استعانة بالنسبة لأى شخص يكون فى موقف المدين .

٣٣١- يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا :

يجب أن يكون الحادث الذى تتوافر به القوة القاهرة ، أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا .

وهذا الذى يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة ، التى تجعل تنفيذ الالتزام يصبح مرهقا لا مستحيلا ^(٢).

(١) السنهورى ص ٧٣٦ ومابعدا - محمود جمال الدين زكى ص ١٧١ ومابعدا - راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثانى بند ٤٥٦ .

(٢) السنهورى ص ٧٣٧ - الناصورى والشواربى ص ٢٢٥ .

٣٣٢- أمثلة للقوة القاهرة :

من أمثلة القوة القاهرة ، الفيضانات والزلازل والبراكين والصواعق وحوادث الحرب المفاجئة ، وأوامر السلطة العامة كاستيلاء الإدارة على وسائل النقل ، والثورات الأهلية والفتن ، والإضراب عن العمل إن كان مفاجئا .

ويعتبر من قبيل القوة القاهرة للفعل الضار الصادر عن الغير متى توافرت فيه شروط القوة القاهرة ، فإنه لا يكون متوقعا أو ممكنا دفعه ، كاستيلاء العدو على بضاعة أو مهاجمة عصابة مسلحة السيارة الناقلة وسرقة البضاعة منها ، رغم اتخاذ الناقل كافة إجراءات الحراسة المطلوبة .

ويلاحظ أن سبب الضرر قد يكون قوة القاهرة وقد لا يكون كذلك بحسب الظروف التي يقع فيها . فالسرقة التي حصلت من عمال الناقل أو بسبب إهمالهم - في المسؤولية العقدية - لا تبرئ الناقل بخلاف ما إذا وقعت من عصابة مسلحة رغم كل احتياطات بذله للناقل ، وكذلك شأن الحريق والانفجار وغيرها .

٣٣٣- الحادث المفاجئ (الحادث الجبرى) :

حاول بعض الفقهاء قديما وعلى رأسهم الفقيه جوسران ، أن يفرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ (الحادث الجبرى) بحيث يعتبر الناقل مسئولا عن نتائج الحادث المفاجئ دون نتائج القوة

القاهرة ، على أساس أن القوة القاهرة تعتبر أمرا خارجا عن الشيء ، أما الحادث المفاجئ فإنه يأتي من داخل الشيء أى مشروع النقل ذاته أو من مخاطره الطبيعية كانهجار الآلات أو انفجار إطارات السيارة . إلا أن الفقه الحديث لا يفرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ من حيث النتيجة ، إذ العبرة بأن يكون الحادث غير ممكن دفعه ولا توقعه بصرف النظر عن أن يكون خارجيا أو داخليا ، لذلك حرص التفتين المدني المصري على نكر القوة القاهرة والحادث المفاجئ كمترادين يترتب على وقوع أحدهما دفع المسؤولية^(١) . إلا أن محكمة النقض تشترط أن تكون القوة القاهرة خارجة عن نطاق الشيء . فلم تعتبر انفجار السيارة قوة قاهرة .

إذ قضت بأن :

١- (أ) - " المسؤولية المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء لفترضا لا يقبل إثبات العكس وترتفع عنه المسؤولية إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ، ولا يعتبر الفعل سببا أجنبيا إلا إذا كان خارجا عن

(١) المسنهوري ص ٧٣٦ - سليمان مرقص ص ٤٩١ وما بعدها -
الناصروري والشواربي ص ٢٢٤ .

الشيء فلا يتصل بتكوينه ولا يمكن توقعه أو دفعه أو درء نتائجه ويؤدي مباشرة إلى وقوع الحادث " .

(ب) - "إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر انفجار إطار السيارة أداة الحادث سببا أجنبيا يعفى الشركة المطعون ضدها الأولى من مسئوليتها كحارسة للسيارة في حين أن هذا الانفجار لا يعد خارجا عن السيارة وتكوينها ويمكن توقعه والتحرز من حدوثه فلا يعتبر من قبيل السبب الأجنبي مما يعيب الحكم بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال " .

(طعن رقم ٢٧٥٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١١/٦/١٩٩٦) (١)

وقضت - بصدد القوة القاهرة - بأن :

١- " يشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقا للمألوف من الأمور بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله .

(١) قارن طعن رقم ١١٦٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ٣١/٥/١٩٨٤ المنشور بذات البند فيما يلي .

ولا يشترط أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لاتخفى على شخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقا لانسبيا فالمعيار فى هذه الحالة موضوعى لا ذاتى . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص بأسباب سائغة أن الانخفاض فى منسوب النهر الذى وصفه الطاعن (الناقل) بأنه قوة قاهرة كان فى الإمكان توقعه لأنه لم يكن فجائيا وإنما كان تدريجيا وظهرت بوادره قبل يوم الحادث فإن ما سجله الحكم عن إمكان توقع الانخفاض فى مستوى النهر يكفى بذاته لنفى وصف القوة القاهرة عنه " .

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٩)

٢- " يشترط فى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذى يترتب عليه استحالة التنفيذ وينقضى به الالتزام عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه ، وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع فى حدود سلطاتها التقديرية متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٩)

٣- " لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه وكان هذان الشرطان يستمدان من واقع الدعوى الذى تستقل محكمة

الموضوع بتحصيل فهمه من أوراقها - وإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى مسئولية المطعون ضدها الثانية بسبب عدم توافر أى خطأ قبل تابعها قائد السيارة التى وقع لها الحادث وعدم ثبوت انحرافه بالسيارة عن الطريق ، وانتهى إلى ثبوت وقوع الحادث بسبب أجنبى هو انفجار لغم بالسيارة وكان هذا الاستخلاص سائغا وله أصل ثابت بالأوراق ويكفى لحمل قضاء الحكم المطعون فيه فإن المجادلة فى هذا الصدد تكون مجادلة موضوعية فيما تستقل بتقديره محكمة الموضوع تتحسر عنها رقابة هذه المحكمة ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه على غير أساس " .

(طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧)

٤- " لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بقيام السبب الأجنبى على مجرد قوله " وتخلص المحكمة من الملابس والظروف المحيطة بالواقعة أن الحريق اندلع فجأة بالسيارة وهو سبب أجنبى لا يد لأمين النقل منه ، ولم يستطع هو وصاحب الأثاث دفعه أو توقيه وبذلك تنتفى المسئولية ... " دون أن يبين سنده الذى أقام عليه هذه النتيجة ، فإنه يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ١١٦٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٣١)

ثانيا : خطأ المضرور

٣٣٤- حكم هذه الحالة :

إذا تسبب المضرور فى حدوث الضرر بفعله ، فإن هذا الفعل لا يعد سببا أجنبيا بالنسبة إلى المدعى عليه إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة أى إذا أثبت المدعى أنه لم يكن فى وسعه توقع هذا الفعل ولا منعه ولادراء نتائجه ، وذلك خلافا لخطأ المضرور إذ يعتبر هذا الخطأ فى ذاته سببا أجنبيا إلى أن يثبت المضرور أن المدعى عليه كان قد توقع خطأه أو كان فى إمكانه أن يتوقعه وأن يتفاداه ويدرا نتائجه .

وقضت محكمة النقض بأن :

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن فعل المضرور وإن كان يخفف المسئولية عن الأعمال الشخصية إلا أنه يجب أن يكون هذا الفعل خطأ فى ذاته وساهم فى إحداث الضرر ، وأن تقرير مساهمة المضرور فى الفعل الضار يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى متى أقام القاضى قضاءه على استخلاص سائغ ، ولكن وصف الفعل الذى وقع من المضرور وأسس عليه اشتراكه فى إحداث الضرر هو من التكييف الذى يخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦٠٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٨٤/١/١)

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا رفض المجنى عليه أن تبتز ساقه رغم أن هذا البتر كان يحتمل معه حسب رأى الأطباء نجاته ، وأعقب ذلك حدوث التهاب بالساق أدى إلى الوفاة ، فإنه لايجوز للجاني محدث الإصابة أن يحتّمى لدرء مسؤوليته عن الوفاة وراء إحجام المجنى عليه عن تحمل بتر ساقه ، وهو إجراء جراحى عظيم الخطر ، فضلاً عما يسببه من آلام مبرحة تجعل للمجنى عليه عزراً فى إحجامه وبالتالي تجعل هذا الإحجام لأخطأ فيه ^(١).

وإذا كان أحد للخطئين نتيجة للآخر فإن السبب الأول يجب التالى ويستغرقه ، ويوجب تحميل المسؤولية كلها لمن ارتكبه ، كما إذا أطلق شخص عياراً نارياً فى طريق عام ، فأزعج أحد المارة إلى درجة أن ارتمى هذا على الأرض فسقط على مال آخر فأتلفه.

وكما إذا ركب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً فى سيره بها فنجم عن هذا السير السريع خطر نفع الراكب تحت تأثير الفرع إلى أن يأتى بحركة خاطئة التماساً للنجاة فأضر بنفسه فإن خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ المدعى عليه فاستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب ، وتحققت مسؤولية الصديق كاملة .

(١) نقض جنائى ٢٨ أكتوبر ١٩٤٦ المحاماه ٢٧ ملحق جنائى ٢٦٥-١٥٢ ومجموعة عاصم للنقض الجنائى ١-١٠-٧ مشار إليه فى مرقص ص ٥٠١ هامش (١) - المنهورى ص ٧٤٥- سليمان مرقص ص ٤٩٧.

وكذلك يكون الحكم إذا ارتكب المريض خطأ فى علاج نفسه.
وكان ذلك بناء على استشارة خاطئة من الطبيب ، فإن خطأ الطبيب
يستغرق خطأ المريض إذ الخطأ الثانى ليس إلا نتيجة للخطأ الأول،
فيكون الطبيب مسئولاً عن التعويض كاملاً^(١) .

٣٣٥- حالة وجود خطأ مشترك بين المضرور والمسئول :

إذا كانت السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر ثابتة ، وأثبت
المدعى عليه أن المضرور قد تسبب بخطئه فى وقوع الحادث ، فقد
ثبت بذلك أن للضرر سببين كل منهما خطأ ، فتوزع المسؤولية بين
المسئول والمضرر ، وتسمى هذه الحالة حالة الخطأ المشترك .
ومثلها وقوع تصادم بين ميارتين ثبت أن سائقيهما قد ارتكب كل
منهما خطأ ، كما إذا دهمت سيارة شخصاً كان مشغولاً بقراءة
صحيفة .

وإثبات مساهمة المضرور فى الفعل الضار أو أن الضرر بفعله
وحده ، من معائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع دون رقابة
عليه من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغاً ولكن وصف الفعل
الذى وقع من المضرور وأسس عليه اشتراكه فى إحداث الضرر
هو من التكييف الذى يخضع لرقابة محكمة النقض .

(١) المسنهورى ص ٧٤٥ وما بعدها .

وفي هذا قضت محكمة النقض -الدائرة المدنية- بأن :

١- " إثبات مساهمة المضرور في الفعل الضار أو أن الضرر بفعله وحده ، من مسائل الواقع التي يقرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض مادام استخلاصه سائغا " .

(طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٣/١/١٣)

٢- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن فعل المضرور وإن كان يخفف المسؤولية عن الأعمال الشخصية إلا أنه يجب أن يكون هذا الفعل خطأ في ذاته وساهم في إحداث الضرر ، وأن تقرير مساهمة المضرور في الفعل الضار يتعلق بفهم الواقع في الدعوى متى أقام القاضى قضاءه على استخلاص سائغ ، ولكن وصف الفعل الذى وقع من المضرور وأسس عليه اشتراكه فى إحداث الضرر هو من التكييف الذى يخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦٠٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٨٤/١/١)

٣- "إثبات مساهمة المضرور في الفعل الضار أو أن الضرر بفعله وحده من مسائل الواقع التي يقرها قاضى الموضوع ، كما أن استخلاص ما إذا كانت سرعة السيارة في ظروف معينة تعد عنصرا من عناصر الخطأ أو لا تعد هى مسألة تقديرية متروكة لمحكمة الموضوع بلا معقب " .

(طعن رقم ٩٥٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢٧)

كما قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- (أ) - " عدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة وإن أمكن اعتباره خطأ مستقلاً بذاته في جرائم القتل الخطأ ، إلا أن هذا مشروط بأن تكون هذه المخالفة هي بذاتها سبب الحادث بحيث لا يتصور وقوعه لولاها . ولما كان الحكم المطعون فيه قد دلت بأسباب سائغة على أن خطأ المطعون ضده في مخالفة قرار وزير الداخلية في شأن سرعة السيارات داخل المدن لم يكن في حد ذاته سببا في قتل المجنى عليه ، فإن رابطة السببية بين الخطأ والنتيجة تكون غير متوافرة ، ويكون الحكم صحيحا فيما انتهى إليه في هذا الخصوص والنعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون غير سديد " .

(ب) - " من المقرر أن خطأ المجنى عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة . وتقدير توافر السببية بين الخطأ والنتيجة أو عدم توافرها هو من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها مادام تقديرها مائتا مستندا إلى أدلة مقبولة ولها أصلها في الأوراق . ولما كان الحكم المطعون فيه قد استظهر من أقوال شاهدة الرؤية الوحيدة أن المجنى عليه كان أثناء عدوه عابرا الطريق على مسافة قريبة جدا من السيارة وأن أقوالها تتفق ودفاع المطعون ضده بأنه رأى المجنى عليه على مسافة ثلاثة أمتار ، وكانت المعاينة لانتفى

وقوع الحادث على هذه المسافة ، فإن ما تثيره الطاعنة فى هذا الصدد ينحل إلى جدل فى تقدير أدلة الدعوى مما لايجوز إثارتة أمام هذه المحكمة " .

(طعن رقم ١٨١٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢٥)

٢- (أ)- يصح فى القانون أن يقع الحادث بناء على خطأين من شخصين مختلفين ولا يسوغ فى هذه الحالة القول بأن خطأ أحدهما ينفى المسؤولية عن الآخر ، إذ يصح أن يكون الخطأ مشتركاً بين شخصين مختلفين أو أكثر " .

(ب)- " الأصل أن خطأ المضرور لايرفع مسؤولية المسئول وإنما يخففها ولا يعفى المسئول استثناء من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول فى إحداث الضرر الذى أصابه وأنه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسئول " .

(ج)- " تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً مما يتعلق بموضوع الدعوى ولايقبل المجادلة فيه أمام محكمة النقض " .

(ج)- " تقدير توافر السببية بين الخطأ والنتيجة هو من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها مادام تقديرها سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة لها أصلها فى الأوراق " .

(هـ) - متى كان الحكم قد دلل في منطق سائق على أن المتهم هدا من سير الترام قيادته عند وصوله إلى المحطة مما جعل المجنى عليه يعتقد أنه سيقف ولكن المتهم استمر في سيره بسرعة فتعلق المجنى عليه بباب المركبة وتدللت ساقاه على الأرض وجذبهما الترام حتى مزت عليهما عجلات المقطورة مما أدى إلى بترهما ، وأن خطأ المجنى عليه بركوبه الترام قبل وقوفه تماما لا يستغرق خطأ المتهم ، فإنه يكون قد أثبت توافر الخطأ في حق المتهم واستظهر رابطة السببية بين الخطأ والحادث " .

(طعن رقم ١٩٩٥ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٩)

٣- " متى كان يبين من المفردات المنضمة أن الطاعنين كانا قد دفعا - لدى المحكمة الاستئنافية - بانتفاء رابطة السببية بين ما قـد يمكن نسبته للطاعن الأول من خطأ وبين وقوع الحادث ، إذ أن خطأ المجنى عليه وحده هو الذي أدى إلى وقوع الحادث مما من شأن أن يقطع هذه الرابطة، ذلك أنه تسلل إلى حمام النادى خلصة دون أن يكون معه تصريح بدخوله وكان مرتديا ملابس الاستحمام ونزل إلى المياه وسط السباحين وتوجه إلى الجزء العميق من الحمام على الرغم من أن الطاعن الأول كان قد حذره من ذلك في اليوم السابق ، ويرغم أنه لا يجيد السباحة وأن الطاعن الأول قد بذل أقصى ما في استطاعته بأن سارع إلى النزول خلفه بمجرد أن

لاحظ أنه غطس ولم يظهر وأخرجه من المياه وأجرى له التنفس الصناعي ، ولما لاحظ سوء حالته قام بنقله إلى المستشفى إلا أنه توفي ، وما كان يوسع أى شخص آخر فى مكانه وظروفه أن يمنع وقوع الحادث ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه سجل بعض هذا الدفاع بقوله أن الطاعنين دفعا بانتفاء الخطأ فى جانب المتهم وأنه إذا وجد خطأ فيرجع إلى المجنى عليه لتسليمه إلى الحمام وإلقائه بنفسه فى الماء وسط زحام من السباحين ، وقد اطرح الحكم هذا الدفاع بقوله : إن الحكم المستأنف قد تكفل بالرد عليه ردا كافيا تأخذ المحكمة به أسبابا لها ، ولما كان من المقرر أن رابطة السببية كركن من أركان جريمة القتل خطأ تتطلب إسناد النتيجة إلى خطأ الجانى ومساءلته عنها طالما كانت تتفق والسير العادى للأمور ، وأن خطأ المجنى عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجانى وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة فقد كان يتعين على المحكمة أن تحيط بدفاع الطاعنين كاملا وتلم به إلما شاملا بجميع عناصره وتلقى برأيها فيه وتبين مدى أثره على توفر رابطة السببية، لأنه كان دفاعا جوهريا لما قد يترتب على ثبوت صحته من انتفاء مسئولية الطاعن الأول جنائيا ومدنيا مما يستتبع عدم مسئولية الطاعن الثانى ، ولا يكفي فى الرد على ذلك للدفاع مجرد التعقيب عليه بأن الحكم المستأنف قد تكفل بالرد عليه ، طالما أن ذلك الحكم

بدوره ، وإن كان قد استظهر خطأ الطاعن ، إلا أنه لم يكن قد عرض لذلك الدفاع و لم يبد رأيه فيه ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جاء قاصراً بما يعيبه ويوجب نقضه " .

(طعن رقم ٥٨٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٢)

٤- (أ)- "إذا كان تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً مما يتعلق بموضوع الدعوى ، وكانت المحكمة الاستئنافية قد استخلصت من الأدلة السانعة التي أوردتها أن الحادث يرجع إلى خطأ المجنى عليه وحده بنزوله من السيارة قبل وقوفها ، وأن المتهم لم يرتكب ثمة خطأ يستوجب مساعلته ، إذ كان يقود السيارة ولم ير المجنى عليه عند مغادرته لها لانشغاله بقيادتها ، ولم يأخذ بتصوير محكمة أول درجة من أن المتهم أخطأ بتمكينه المجنى عليه من أن يقوم بفتح الباب أثناء سير السيارة، لما استبانته من صحة أقوال المتهم ومفتش التذاكر من أن نزول المجنى عليه كان بغير إذن المتهم ودون أن يكون في استطاعته منعه لانشغاله بالقيادة فإنه لايقبل من للطاعن المجادلة في ذلك أمام محكمة النقض " .

(ب)- " الأصل أن لمحكمة الموضوع أن تستخلص من جماع الأدلة والعناصر المطروحة أمامها على بساط البحث ، الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى حسبما يؤدي إليه اقتناعها وأن تطرح ما يخالفها من صور أخرى لم تقتنع بصحتها مادام استخلاصها سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة في العقل والمنطق ولها أصلها في الأوراق " .

(ج) - " لما كان استئناف المتهم على استقلال يفيد منه المسئول عن الحقوق المدنية إذا كسبه ، بطريق التبعية والالزوم ، وكانت الدعوى المدنية المرفوعة على المسئول عن الحقوق المدنية لم ترفع إلا باعتبارها تابعة للدعوى الجنائية المقامة قبل المتهم ، فإن القضاء بالبراءة لعدم ثبوت التهمة يقتضى رفض الدعوى المدنية قبل المسئول عن الحقوق المدنية ، إذ أن مسئولية المتبوع عن التعويض مترتبة على ثبوت الواقعة ذاتها المرفوعة بها الدعوى الجنائية ضد المتهم ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية لعدم ثبوت تهمة القتل خطأ ضد المتهم لا يكون قد أخطأ فى شئ ولا محل لما يثيره الطاعن فى هذا الصدد".

(طعن رقم ١٠١٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٢)

٣٣٦- الخطأ المتعمد :

ذهب الشراح إلى أنه إذا كان أحد الخطئين متعمداً والآخر غير متعمد ، فإن الخطأ المتعمد يستغرق الخطأ غير المتعمد . إذا كان الخطأ المتعمد هو خطأ المدعى عليه كان يكون هو الذى تعمد إحداث الضرر كانت مسئوليته كاملة حتى ولو كان خطأ المضرور غير المتعمد قد ساهم فى إحداث الضرر .

مثال ذلك أن يرى قائد سيارة رجلاً كفيف البصر يعبر طريقاً مزدحماً بالسيارات المارة دون قائد أو مرشد فيستخف به وتحدثه نفسه أن يصدمه بالسيارة ، وينفذ ذلك ، فلا يجوز له أن يحتج بأن المضرور قد أخطأ بعبوره الطريق المكتظ بالسيارات دون مرشد ، لأن سائق السيارة تعمد أن يصدم المضرور ، ولم يكن خطأ المضرور إلا ظرفاً استغله السائق في تنفيذ قصده .

أما إذا كان الخطأ للمتعمد هو خطأ المضرور نفسه ، فإن خطأه يستغرق خطأ المدعى عليه ، وترتفع مسئولية هذا الأخير لانعدام رابطة السببية ، كمن يلقي بنفسه أمام سيارة تسير بسرعة فائقة بقصد الانتحار ، فلا يجوز لورثته أن يحتجوا بالسرعة الزائدة التي كان يسير بها قائد السيارة بمقولة أنه بذلك يكون قد ارتكب خطأ ، ذلك لأنه تعمد الانتحار وهو وحده السبب الذي يتعين الوقوف عنده لوقوع الضرر ، ولم يكن خطأ المدعى عليه إلا ظرفاً استغله المضرور في تنفيذ ما انتواه ^(١).

(١) السنهوري ص ٧٤٢ وما بعدها - الناصوري وعكاز ص ٢٣٦ وما بعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٤٦ - عبد المنعم الصده ص ٥٠٣ .

وقد أخذت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بهذا الرأي
فقضت بتاريخ ١٩٣٢/١١/٢٨ فى القضية رقم ٢٢١٩ لسنة ٢ ق
بأن :

" الأصل أن كل فعل خاطئ نشأ عنه ضرر للغير يوجب
مسئولية فاعله عن تعويض ذلك الضرر . فالمسئولية ولجة ابتداء،
ولكنها قد تخف أو تتضاعف بنسبة خطأ المجنى عليه ، ومبلغ
اشتراكه مع الجانى فى إحداث الضرر ، وذلك ما يعرف عند علماء
القانون بنظرية الخطأ المشترك ، وقد تجب مسؤولية المجنى عليه
مسئولية الجانى ، متى تبين من ظروف الحادثة أن خطأ المجنى
عليه كان فاحشاً إلى درجة يتلاشى بجانبها خطأ الجانى ولا يكاد
يذكر ، كأن يكون المجنى عليه تعمد الإضرار بنفسه ، قانتهمز
فرصة خطأ الجانى واتخاذ وسيلة لتنفيذ ما تعمد من إيقاع
الإضرار بنفسه . وتلك هى الحالة الوحيدة التى يصح أن يرفض
فيها طلب التعويض " .

غير أن محكمة النقض - الدائرة المدنية - ذهبت فى حكمها
الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٢/٦ فى الطعن رقم ٦٤٧ لسنة ٤٥ ق -
كما رأينا سلفاً إلى أن أحكام المسؤولية التقصيرية لا تفرق بين الخطأ
العمدى وغير العمدى . وهو ما ينبئ عليه بحث مدى مساهمة خطأ
صاحب الخطأ العمدى فى إحداث الضرر ، وهذا لا يمنع أن يكون

الخطأ العمدى قد استغرق الخطأ غير العمدى فى بعض الحالات.

٣٢٧- رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر :

القاعدة أن رضاء المضرور بالضرر لاينفى مسئولية المدعى عليه عن فعله الخاطئ الذى أحدث هذا الضرر ، فلو أن طبيباً أجرى عملية جراحية خطيرة لانتطابها ضرورة فإنه يكون مخطئاً وتحقق به مسئوليته كاملة حتى لو رضى المريض بإجراء هذه العملية . لكن رضاء المضرور بوقوع الضرر قد يكون خطأً منه . وفى هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه إذ نصبح بصدد خط مشترك يودى إلى توزيع المسئولية على عاتق الطرفين . مثل ذلك أن يركب شخص سيارة يعلم أنها غير سليمة أو يعلم أن سائقها فى حالة سكر . أو أن يستحث سائقها على السير بسرعة كبيرة . فإذا أصاب الراكب ضرر فى هذه الحالة فإنه يكون قد رضى بهذا الضرر . ويكون هذا الرضاء منه خطأً يخفف من مسئولية السائق . وهناك أحوال قليلة يكون المضرور فيها برضائه بوقوع الضرر قد أخطأ خطأً كبيراً بحيث يستغرق خطأ المدعى عليه فتنتفى مسئولية هذا الأخير .

فإذا قام صاحب سفينة بنقل مهربات وهو يعلم حقيقة ما ينقله ، ثم صودرت سفينته فلا يجوز له أن يرجع بشئ على صاحب

المهربات. وإذا رضيت امرأة بالغة أن تعاشر خليلاً عن شهوة وبدون تقرير فلا يحق لها أن ترجع عليه بالتعويض . ويتضح من هذا أن رضاء المضرور بوقوع الضرر إذا لم يكن خطأ منه فإنه لا يؤثر على مسئولية المدعى عليه فتبقى هذه كاملة ، وإذا كان الرضاء خطأ لايزيد كثيراً على خطأ المدعى عليه فإنه يخفف من مسئولية هذا الأخير طبقاً لقواعد الخطأ المشترك ، وإذا كان هذا الرضاء قد بلغ حداً من الجسامة بحيث يستغرق خطأ المدعى عليه فإنه يدرأ المسئولية عن هذا الأخير^(١).

(١) عبد المنعم للصدده ص ٥٠٣ ومابعدهما .

ثالثاً : خطأ الغير

٣٢٨- المقصود بخطأ الغير :

المقصود بالغير من يكون أجنبياً عن كل من المضرور والمسئول ، فلا يعتبر من طبقة الغير من كان تابعاً للمسئول أو خاضعاً لرقابته . والمقصود بخطأ الغير هو الخطأ للشخصى الثابت فى حقه . فلا تكفى المسئولية المفترضة التى تقوم على عائق حارس الحيوان أو البناء أو الأشياء غير الحية^(١) .

ولا يعتبر فعل الغير فى ذاته سبباً أجنبياً إلا إذا كان فعل الغير خطأ ، ولم يكن فى وسع المدعى عليه أن يتوقع ذلك الخطأ من الغير أو أنه قد توقعه ولم يكن فى استطاعته تقاويه أو درء نتيجته^(٢) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لا ترتفع مسئولية الناقل عن سلامة الراكب إلا إذا أثبت هو - أى الناقل - أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير . ويشترط فى خطأ الغير الذى يعفى الناقل من المسئولية إعفاء كاملاً ألا يكون فى مقدور الناقل توقعه أو تقاويه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذى سبب الضرر للراكب فإذا كانت مصلحة السكك الحديدية (الطاعنة) لم تقدم إلى محكمة

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ١٣٢٤ - عبد المنعم الصده ص ٥٠٩ هامش (٢) .

(٢) سليمان مرقس ص ٥٠٣ - الدناصورى والشواربى ص ٣٦٨ .

الموضوع ما يدل على أنه لم يكن في مقدورها توقع خطأ الغير الذي قذف الحجر على القطار - فأصاب المطعون عليه - ومنع هذا الخطأ بل إن قذف الأحجار على قطارات السكك الحديدية هو من الأمور التي توقعتها المصلحة الطاعنة في قرار ٤ مارس سنة ١٩٢٦ الخاص بنظام السكك الحديدية الذي ينص على معاقبة من يرتكب هذا الفعل بعقوبة المخالفة ، كما أنه كان في مقدور المصلحة تقادي عواقب هذا الفعل لو أنها اتخذت الاحتياطات الكفيلة بمنع قذف الأحجار على قطارات السكك الحديدية أو على الأقل يمنع ما يترتب على احتمال قذفها من ضرر للركاب ولايهم ما قد تكبدها هذه الاحتياطات من شقة ومال إذ طالما كان في الإمكان تقادي عواقب خطأ الغير بأية وسيلة فإن هذا الخطأ لايعنى الناقل من المسؤولية إعفاء كلياً .

(طعن رقم ٣٠٠ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/١/٢٧)

أما إذا انتفى عن فعل الغير وصف الخطأ ، فلا أثر له في مسؤولية المبدعى عليه ، فيكون هذا الأخير هو وحده المسئول ، وتكون مسؤوليته كاملة^(١) .

وخطأ الغير له حالات ثلاث نعرض لها في البند التالي .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٥٠٨ .

٣٣٩- حالات خطأ الغير :

الحالة الأولى :

أن يكون خطأ الغير هو السبب الوحيد فيما حدث من ضرر .
وفى هذه الحالة تنتفى كلية مسؤولية المدعى عليه . ويعفى المدعى عليه من المسؤولية كلية ولو لم يستدل على ذلك الغير بذاته ، إذ ليس فى القانون من التزم على قائد السيارة بالإرشاد عن ذلك الغير لتمكين المضرور من الرجوع عليه . فضلا عن أن تمييز شخصية الغير الذى تسبب بخطئه فى وقوع الحادث ، ليس من شأنه تغيير الحقيقة فى الدليل القائم على خطئه ، إلا أن يكون فى هروبه من مكان الحادث تأكيد ما نسب إليه ومن ثم فلا يجد المضرور سبيلا يسلكه لتعويضه عما أصيب به من ضرر ^(١).

الحالة الثانية :

إذا اشترك خطأ الغير مع خطأ المدعى عليه فى إحداث الضرر . فى هذه الحالة يتعين التفرقة بين ما إذا كان أحد الخطئين قد استغرق الخطأ الآخر ، أو يقوم كل منهما على استقلال من الآخر . فإذا استغرق أحد الخطئين الخطأ الآخر ، ألغيت المسؤولية كاملة على من نسب إليه الخطأ المستغرق . فإذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فإن الغير وحده يكون هو المسئول مسؤولية كاملة ، ولا أثر لخطأ المدعى عليه فى هذه المسؤولية .

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٣٦٨ ومابعدها .

أما إذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ الغير فى هذه المسئولية .

أما إذا لم يستغرق أحد الخطئين الخطأ الآخر ، اعتبر كل منهما سببا فى الضرر - وهذه هى حالة تعدد المسئولين عن الفعل الضار - وصار كل من ارتكب خطأ مسئولا أمام المضرور عن كل الضرر عملا بالمادة ١٦٩ مدنى التى تقضى بأنه : " إذا تعدد المسئولين عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض للضرر " .

أما فيما بين المسئولين ، فيقسم عليهم التعويض بالتساوى إلا إذا رأى القاضى توزيعه عليهم بحسب جسامه الخطأ المنسوب إلى كل منهم .

ويكون للمضرور أن يرجع على أى منهما بكامل التعويض ، فإذا دفع أحدهما التعويض كاملا كان له أن يرجع على الآخر بقدر نصيبه فى المسئولية .

والأصل أن المسئولية توزع بينهما بالتساوى إلا إذا استطاع القاضى أن يحدد نصيب كل منهما بحسب جسامه الخطأ الذى صدر منه^(١) .

(١) السنهورى ص ٧٥٣ ومابعدا - محمود جمال الدين زكى ص ٢٨١ ومابعدا - عبد المنعم الصده ص ٥٠٨ ومابعدا .

الحالة الثالثة :

هى الحالة التى يشترك فيها خطأ المضرور وخطأ الغير وخطأ المجنى عليه فى إحداث الضرر ، وثبت الخطأ فى جانبهم جميعا فإن المضرور يتحمل ثلث الضرر، إلا إذا حدد القاضى نصيبا آخر من التعويض حسب جسامه خطئه ، ويكون المدعى عليه والغير مسئولين بالتضامن عن باقى التعويض .

فيرجع المضرور بباقى التعويض على أى منهما . ويرجع من دفع منهما على الآخر بنصيبه من التعويض .

٣٤٠- انتفاء المسؤولية بثبوت السبب الأجنبى :

إذا توافر السبب الأجنبى بالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة انتفت علاقة السببية، والمسئولية بالتالى ولايجوز للمحكمة بعد ذلك أن تبحث فى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " بحسب المحكمة أن تكون قد أقامت حكمها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسئولية التقصيرية - على ما ثبت لها من أن الضرر الذى أصاب المضرور قد نشأ عن سبب أجنبى لم يكن للمدعى عليه يد فيه وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتحرى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير " .

(طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٢٣ قى جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

٢- " متى وجدت القوة القاهرة وتوافرت شرائطها فى القانون ، كانت النتيجة محمولة عليها وانقطعت علاقة السببية بينها وبين الخطأ ، وامتنعت المسؤولية عن أخطأ إلا إذا كان خطؤه بذاته جريمة " .

(نقض جنائى طعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٣٠)

٣٤١- اشتراك خطأ المسئول مع القوة القاهرة أو الحادث الفجائى :

إذا اشترك خطأ المسئول مع القوة القاهرة والحادث الفجائى فى حدوث الضرر تحمل المسئول التعويض بأكمله ، لأن الذى أسهم معه فى الخطأ هو قوة قاهرة أو حادث فجائى فلا محل للرجوع على أحد .

٣٤٢- تقدير قيام القوة القاهرة أو الحادث الفجائى متروك لقاضى الموضوع :

من المقرر أن تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة أم لا هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض بشرط أن يقيم قضاءها على أسباب مائغة تكفى لحمله ^(١) .

(١) الناصورى والفتولوى ص ٢٢٧ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٧)

٢- " وكان ما أورده الحكم من تدليل سائغ على ثبوت نسبة الخطأ إلى الطاعن وحصول الحادث نتيجة لهذا الخطأ ينبغي به في حد ذاته القول بحصول الحادث نتيجة حادث قهري وهو انهيار جزء من الجسر فجأة ذلك أنه يشترط لتوافر هذه الحالة ألا يكون للجاني يد في حصول الضرر أو في قدرته منعه ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً حول واقعة الدعوى والتصوير الذي أطمأنت المحكمة إليه ومناقشة أدلة الثبوت ومبلغ امتناع المحكمة بها مما لا يقبل إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن جنائي رقم ١٢٥٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٥/١/٤)^(١)

(١) وهذا يخالف ما قضت به الدائرة المدنية بتاريخ ١٩٣٤/١/١١ في الطعن رقم ٦١ لسنة ٣ ق من أنه :
" ... وكذلك وصف ذلك الفعل لو الترك بأنه خطأ لو غير خطأ ، فهما كلاهما من الممثلات القانونية التي يخضع في حثها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض " .

٣٤٣- عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي :

من المقرر أن المضرور يقع عليه عبء إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، فإذا دفع الممثل بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي فإنه يقع عليه عبء نفي علاقة السببية بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه^(١) .

(٢) الدناصوري والشواربي ص ٢٢٧ .

مادة (١٦٦)

من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

الشرح

٣٤٤- حالات يكون التعدى فيها مشروعا :

هناك حالات يتوفر فيها الخطأ ومع ذلك لا يعتبر التعدى فيها خطأ ، وذلك نظرا إلى ما يحيط التعدى من ظروف تجعله عملا مشروعا ، ومن ثم لا تقوم المسؤولية . ويتحقق ذلك فى حالات ثلاث هى : الدفاع الشرعى وحالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس ، وحالة الضرورة .

وتعتبر هذه الحالات فى القانون الجنائى أسبابا للإباحة ، ونقلها عنه القانون المدنى. وإذا كان القانون القديم لم ترد فيه نصوص فى هذا الشأن إلا أن القضاء كان يأخذ بحكم هذه الحالات .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ولمن أحدث الضرر كذلك أن يتصل من تبعة عمله ويدفع المسؤولية عن نفسه ، رغم قيام الدليل على اجتماع عناصرها

الثلاثة - وهى الخطأ والضرر ورابطة السببية - إذا أثبتت توافر سبب من أسباب الإباحة وهى ثلاثة :

الدفاع الشرعى ، وصدر أمر من رئيس ، والضرورة أما حالة الدفاع الشرعى، فقد عرفها التقنيان التونسى والمراكشى فى المادة ٩٥/١٠٤ بأنها " حالة يجبر فيها الشخص على العمل لدرء اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله ، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله " . فمن يقوم بالدفاع الشرعى ، فى مثل هذه الحالة ، فيحدث ضررا للمعتدى لا يكون مسئولا ، ولا يعتبر ما وقع منه خطأ يوجب المساءلة " (١).

حالة الدفاع الشرعى :

الدفاع الشرعى عن النفس أو المال يبيح التعدى ويجعله مشروعا ، فلمن أحدث الضرر أن يتصل من تبعة عمله ويدفع المسئولية عن نفسه ، رغم قيام الدليل على اجتماع عناصرها الثلاثة ، إذا أثبت أنه كان فى حالة دفاع شرعى (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٧٨ .

(٢) وحال مناقشة المادة بلجنة المراجعة استقر الرأى على أن الدفاع الشرعى هو المحدد بشروطه فى القانون الجنائى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٧٠) .

وقد نص على حق الدفاع الشرعى فى المواد (٢٤٥ - ٢٥١) من قانون العقوبات ، وهى كالآتى:

مادة (٢٤٥) - لاعتوبة مطلقا على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله وقد بينت فى المواد الآتية الظروف التى ينشأ عنها هذا الحق والقيود التى يرتبط بها.

مادة (٢٤٦) - حق الدفاع الشرعى عن النفس يبيح للشخص إلا فى الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع فعل يعتبر جريمة على النفس منصوص عليها فى هذا القانون .

وحق الدفاع الشرعى عن المال يبيح استعمال القوة اللازمة لرد أى فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الثانى والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب وفى الفقرة ٤ من المادة ٣٧٩ .

مادة (٢٤٧) - وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون فى الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية .

مادة (٢٤٨) - لا يبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفية إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول .

مادة (٢٤٩) - حق الدفاع الشرعى عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية :

لولا : فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

ثانيا : إتيان امرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة .

ثالثا : اختطاف إنسان .

شروط الدفاع الشرعى :

يجب لتوافر حالة الدفاع الشرعى توافر الشروط الآتية :

٢٤٥ - الشرط الأول :

وجود خطر حال على النفس أو المال :

الخطر الحال هو الخطر وشيك الوقوع إذا لم يبادر المهدد بدفعه. فلا ينشأ حق الدفاع الشرعى إذا كان الاعتداء المهدد به اعتداء مستقبلا أى لا ينتظر وقوعه إلا بعد مدة من الزمن تتسع للتتجاء إلى السلطات المختصة حتى تتولى الحيلولة دون وقوع الاعتداء .

مادة (٢٥٠) - حق الدفاع الشرعى عن المال لايجوز أن يبيح القتل العمد

إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية :

أولا : فعل من الأفعال المبينة فى الباب الثانى من هذا الكتاب .

ثانياً : سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات .

ثالثاً : الدخول ليلا فى منزل مسكون أو فى أحد ملحقاته .

رابعاً : فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا

الخوف أسباب معقولة.

مادة (٢٥١) - لايعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق

الدفاع الشرعى أثناء استعمال إياهم دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر

مما يستلزمه هذا الدفاع ومع ذلك يجوز للقاضى إذا كان لفعل جنابة أن

يعده معذورا إذا رأى لذلك محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة

المقررة فى القانون.

وكذلك لا يكون ثمة محل لحق الدفاع الشرعى إذا كان الاعتداء قد وقع بالفعل واستنفذ قناره أو انقطع خطره ، كما إذا نفذ المعتدى جريمة القتل وسلم نفسه فى الحال ، أو إذا ترك اللص المسروقات فى فناء الدار ولاذ بالفرار .

أما إذا بدأ المعتدى فى تنفيذ اعتدائه ولم ينته منه ، أو كان الفعل المكون للاعتداء قابلاً للتكرار وقامت الدلائل على أن المعتدى لن يكف عن تكراره إلا إذا وجد ما يصدده عن ذلك ، كمن يغازل فتاة أو يتحرش بها أو يحاول لمسها رغماً منها ، فإن وقوع بعض أفعال الاعتداء منه لا يتعين معه القول بانقضاء الاعتداء وبعدم نشوء حق الدفاع بناء على ذلك ، إذ أن وقوع هذه الأفعال لا ينفى وجود خطر حال بتكرارها ، فيثبت حق الدفاع الشرعى للمعتدى عليها ولمن تلوذ به فيكون لها أوله حق صفع المعتدى ووقفه عند حده (١).

وتوهم العدوان كالعنوان الحقيقى كلاهما يبرر الدفاع الشرعى ويبيح أفعاله وذلك مشروط بأن يكون هذا الاعتقاد والتصور مبنياً على أسباب معقولة (٢).

(١) سليمان مرقس ص ٢٨٥ ومابعدها .

(٢) موسوعة هرجه الجنائية - التطبيق على قانون العقوبات المجلد الثالث ص ٥٦٦ .

ويكون الدفاع عن نفس الشخص أو ماله أو نفس الغير أو ماله .

ولا يشترط أن يكون الغير عزيزا على المدافع بدرجة كبيرة تدفعه إلى القيام بالدفاع عنه أو عن ماله ، لأن نص المادة ورد على إطلاقه بغير تحديد صلة بين المدافع ومن يدافع عنه ^(١) . وهو ما استقر عليه فقه القانون الجنائي بصدد المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات ^(٢) .

كما أخذت به محكمة النقض - الدائرة الجنائية - فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ١٥٠٦ لسنة ١٦ ق بجلاسة ١٩٤٦/٦/١٠ ^(٣) .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٤٨ - حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ١٦٨ - وعكس ذلك المسنهورى ص ٦٥٢ - للناصورى والشواربى ص ٧٢ - عبد المنعم الصده ص ٤٧٠ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤١٥ فيشترطون أن يكون للغير عزيزا بدرجة كبيرة على المدافع .

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثالثة ١٩٥٥ ص ٣٩ - الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام للطبعة الرابعة ١٩٧٧ ص ١٩٥ .

(٣) وقد جاء به :

" إذا كان المتهم قد تمسك بأنه حين أوقع فعل الضرب بالمجنى عليه إنما كان فى حالة من حالات الدفاع الشرعى عن النفس فلن رد

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " وحيث إنه لا يشترط في القانون لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد وقع بالفعل اعتداء على النفس أو المال ، بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه المدافع لأسباب جدية وقوع الاعتداء ، كما يكفى أن يكون تقدير المدافع للفعل المستوجب للدفاع مبنيا على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر تقديره . ومادامت العبرة فى التقدير بما يراه المدافع فى الظروف التى كان هو فيها فإن تقدير المحكمة وهى تصدر الحكم فى الدعوى يجب أن لا يحسب له حساب فى ذلك " .

(طعن رقم ٢٢٣٥ لسنة ١٢ اى جلسة ١٢/٢٨/١٩٤٢)

٢- " إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم تفيد أن المتهم (وهو خفير) لم يطلق المقدوفين النارين إلا حين اعتقد أن المتجمهرين من فريق المجنى عليهم كانوا متحيزين للاعتداء على الفريق الآخر ، وكان قاصدا تفريقهم والحيلولة بينهم وبين تنفيذ مقصدهم ، وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة ، ولم يكن قد خالف واجبات وظيفته أو تجاوز فيما وقع منه الحدود التى يقتضيها الموقف ، فإن فعلته

المحكمة عليه بقولها إن المجنى عليه لم يكن يقصده هو بفعل الضرب الذى كان ينوى إيقاعه بل كان يقصد أخاه ، لا يكون سديدا ، لأن حق الدفاع مباح قانونا عن نفس الإمتنان أو عن نفسه غيره إطلاقا " .

لا تكون مستوجبة للعقاب . ولا يغير من هذا النظر ما قد يقال من أنه أساء التقدير بعدم استطلاع رأي العمدة وشيخ الخبراء في إطلاق العيارين ، إذ هو من حقه ، حتى باعتباره من الأفراد أن يدفع خطر كل اعتداء يكون على وشك الوقوع بكل ما من شأنه أن يحول دون وقوعه ، ثم هو من واجبه ، بصفة كونه خفيرا مكلفا بالعمل على صيانة الأمن ، أن يعمل على منع الجرائم في الحدود المرسومة لذلك .

(طعن رقم ٦٧١ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٤/٥)

٣- "يكفى الدفاع الشرعى أن يكون تقدير المتهم لفعل الاعتداء الذى استوجب عنده الدفاع مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة من شأنها أن تبرر ما وقع من الأفعال التى رأى هو وقت العدوان الذى قدره أنها هى اللازمة لردده إذ لا يتصور التقدير فى هذا المقام إلا أن يكون اعتباريا بالنسبة للشخص الذى فوجئ بفعل الاعتداء فى ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التى كان هو وحده دون غيره المحوط بها والمطلوب منه تقديرها التفكير على الفور فى كيفية الخروج من مأزقها مما لا يصح محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ المطمئن الذى كان يستحيل عليه وقتئذ وهو فى حالته التى كان فيها " .

(طعن رقم ٦٥٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٠)

٤- " لما كان الحكم المطعون فيه - في حدود سلطته التقديرية قد استخلص من أقوال شهود الواقعة أن نية الاعتداء كانت قائمة لدى كل من الطاعن والمجنى عليه وخلص من ذلك على نفى حالة الدفاع الشرعى فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون وذلك لما هو مقرر من أنه لا قيام لحالة الدفاع الشرعى متى ثبت أن كلا من المتهم والمجنى عليه كان يقصد الاعتداء على الآخر بغض النظر عن البادئ منهما بالاعتداء " .

(طعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٣ قى جلسة ١٩٨٣/١٠/١٨)

٥- " من المقرر أن التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى يجب لتلزم المحكمة بالرد عليه - أن يكون جديا صريحا أو تكون الواقعة كما أثبتتها الحكم ترشح لقيام هذه الحالة " .

(طعن رقم ٦٤٠٠ لسنة ٥٣ قى جلسة ١٩٨٤/٢/١٢)

٦- " قيام حالة الدفاع الشرعى لا يستلزم حصول اعتداء بالفعل من المجنى عليه على المتهم بل يكفى أن يكون قد صدر من المجنى عليه فعل يخشى منه وقوع جريمة من الجرائم التى يجوز فيها الدفاع الشرعى . ولا يلزم فى الفعل للمتخوف منه أن يكون خطرا حقيقيا فى ذاته . بل يكفى أن يبدو كذلك فى اعتقاد المتهم وتصوره بشرط أن يكون لهذا التخوف أسباب مقبولة إذ أن تقدير ظروف الدفاع الشرعى ومقتضياته أمر اعتبارى يجب أن يتجه

وجهة شخصية تراعى فيها مختلف الظروف الوقتية التى أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ البعيد عن تلك الملابسات " .

(طعن رقم ٩٢٤٠ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢)

كما قضت محكمة النقض - الدائرة المدنية - بأن :

١- " يشترط لنفى المسؤولية اعتمادا على حالة الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء المراد دفعه حالا أو وشيك الحلول . وإذن فمتى كان الحكم إذ قرر مسؤولية الحكومة ونفى قيام حالة الدفاع الشرعى قد أثبت أن البوليس ارتكب خطأ ظاهرا فى محاصرة المتظاهرين فوق أحد الكبارى، وكان من المستحيل عليهم الإفلات من القوتين المتقابلتين ولم تكن هذه الوسيلة هى الكفيلة بالغرض الذى يجب أن يقصده البوليس من تفريقهم وأنه إذا كان قد حصل اعتداء على بعض رجاله ، فقد كان مقابل تهجمه على المتجمهرين الفارين أمام البوليس ، وأن البوليس هو الذى كان البادئ بالاعتداء دون أن يكون لذلك مبرر ، فإن فى هذا الذى قرره الحكم ، ما يكفى لحمل قضائه فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٠)

والاعتداء الذى يقصده قاتون العقوبات ويبرر الدفاع الشرعى هو الفعل الذى يحتمل أن تقع معه جريمة على النفس أو المال .
والجرائم التى تقع على النفس يقصد بها أية جريمة من جرائم الاعتداء على الإنسان ، ويخشى منها على حياته أو سلامته ، وجرائم الاعتداء على العرض وما يمس الشرف والاعتبار .
أما الجرائم التى تقع على المال فهى مقصورة على تلك الجرائم التى أشار إليها الشارع على سبيل الحصر بالفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات.

وهى الجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الثانى والثامن والثالث عشر والرابع عشر من الكتاب الثالث وفى الفقرة (٤) من المادة ٣٧٩ .

وهى جرائم الحريق عمدا (م ٢٥٢ ومابعدھا) . والسرقه والاغتصاب (المواد ٣١١ ومابعدھا) ، والتخريب والتعيب والإتلاف (المواد ٣٥٤ ومابعدھا) ، وانتهاك حرمة ملك الغير (المواد ٣٦٩ ومابعدھا) . والمخالفات المنصوص عليها بالفقرة الرابعة من المادة ٣٧٩ من قانون العقوبات وهى التى تعاقب كل من دخل فى أرض مهياة للزراع أو مبنور فيها زرع أو محصول أو مر فيها بمفرده أو ببهائمه أو دوابه المعدة للجراول الحمل أو الركوب أو ترك هذه البهائم أو الدواب تمر فيها أو ترعى فيها بغير حق .

وهذه الجرائم واردة على سبيل الحصر فلا يقاس عليها جرائم أخرى . وإن كان يندر في العمل أن تثار صور للدفاع الشرعى عن المال خارج نطاقها^(١) .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" الدفاع الشرعى عن المال لا يبيح استعمال القوة إلا لرد فعل يكون جريمة من الجرائم الواردة حصرا بالمادة ٢٤٦ عقوبات. النزاع على تجريف أرض متنازع على ملكيتها ليس من هذه الجرائم " .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٠)

وتقدير الوقائع التى يستنتج فيها حالة الدفاع الشرعى أو انتفاؤها مما يتعلق بالسلطة التقديرية لقاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض متى كانت الوقائع مؤدية إلى النتيجة التى رتبها عليها .

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- لما كان الحكم المطعون فيه - فى حدود سلطته التقديرية قد استخلص من أقوال شهود الواقعة أن نية الاعتداء كانت قائمة لدى

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ١٦٨ ومابعدها - المستشار مصطفى هرجه ص ٥٦٩ .

كل من الطاعن والمجنى عليه وخلص من ذلك على نفى حالة الدفاع الشرعى فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون وذلك لما هو مقرر من أنه لقيام لحالة الدفاع الشرعى متى ثبت أن كلا من المتهم والمجنى عليه كان يقصد الاعتداء على الآخر بغض النظر عن البادئ منهما بالاعتداء " .

(طعن ١٣٨٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٨/١٠/١٩٨٣)

٢- " من المقرر أن تقدير الوقائع التى يستنتج منها قيام حالة الدفاع الشرعى أو انتفاؤها متعلق بموضوع الدعوى لمحكمة الموضوع الفصل فيها بلا معقب متى كانت الوقائع مؤدية إلى النتيجة التى رتبها عليها " .

(طعن رقم ٤٩٠٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٠/٢/١٩٨٥)

٣٤٦- الشرط الثانى :

أن يكون السبيل الوحيد لدفع الاعتداء هو استعمال القوة :

وهذا يقتضى ألا يكون هناك مجال للاستعانة بالسلطة ، إذ فى هذه الحالة يمتنع استعمال القوة ويجب على المدافع الالتجاء إلى السلطة .

غير أن القانون لا يطالب الإنسان بالهرب بدلا من استعمال القوة إذا كان استعمالها لازما لما فى ذلك من جبن لا تقره الكرامة الإنسانية .

كذلك لا يجب استعمال الدفاع إذا كان الاعتداء قد تم وانتهى تماما ، لأن الدفاع لم يشرع للانتقام ، وإنما شرع لرد العدوان ^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " إن تحريم حق الدفاع عن المال عند إمكان الرجوع إلى السلطة العامة للاستعانة بها في المحافظة عليه محله أن يكون هناك من ظروف الزمن وغيره ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل . والقول بغير ذلك مؤد إلى تعطيل النص القانوني الصريح الذى يخول حق الدفاع لرد أفعال التعدى تعطىلا تاما " .

(طعن رقم ٨٩٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٧)

٢- " إن القانون لا يمكن أن يطالب الإنسان بالهرب عند خوف الاعتداء عليه لما فى ذلك الجبن الذى لا تقره الكرامة الإنسانية وإن فالحكم الذى ينفى ما دفع به المتهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى بمقولة أنه كان فى مقدوره أن يهرب ويتجنب وقوع اعتداء منه أو عليه هذا الحكم يكون مؤسسا على خطأ فى تطبيق القانون متعينا نقضه " .

(طعن رقم ٤١٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٢/١٠/٦)

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٠٣ - الناصورى والشولبى ص ٧٢ .

٣- " حق الدفاع الشرعى لم يشرع لمعاقبة معتد على اعتدائه وإنما شرع لرد العدوان فإذا كان المتهم قد تمكن من انتزاع الموس من يد خصمه فصار أعزلا من السلاح لا يستطيع به اعتداء فإن ما يقع منه بعد انتزاع السلاح من موالاة طعن المجنى عليه به هو اعتداء معاقب عليه ولا يصح فى القانون اعتباره دفاعا شرعيا".

(طعن رقم ١١٨ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٦)

٤- " إمكان الرجوع إلى السلطة العامة للاستعانة بها فى المحافظة على الحق لا يصلح على إطلاقه سببا لنفى قيام حالة الدفاع الشرعى بل إن الأمر فى هذه الحالة يتطلب أن يكون هناك من ظروف الزمن وغيره ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل ، والقول بخير ذلك مؤد إلى تعطيل النص الصريح الذى يخول حق الدفاع لرد أفعال التعدى على الحال تعطىلا تاما " .

(طعن رقم ١١٧٠ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٤)

٥- " حق الدفاع الشرعى لم يشرع لمعاقبة معتد على اعتدائه وإنما شرع لمجرد رد العدوان فهو ليس من قبيل القصاص والانتقام وقد ينشأ ولو لم يسفر التعدى عن إصابات متى تم بصورة يخشى فيها الموت أو الجراح البالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة " .

(طعن رقم ٢٣٧٦٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/٣/١١)

٣٤٧- الشرط الثالث :

أن يكون الأذى غير مشروع :

يشترط أن يكون الأذى المراد إيقاعه بالمدافع غير مشروع أما إذا كان مشروعا فإنه لا يبرر الحق في الدفاع .

ولما كانت المادة ٦٠ من قانون العقوبات تنص على أن : " لا تسرى أحكام هذا القانون على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة" أى أن كل فعل مما يقع أصلا تحت طائلة قانون العقوبات يصبح غير معاقب عليه إذا وقع استعمالا لحق تقرر بمقتضى القانون فإذا كان استعمال الحق يرفع عن الفعل الضار صفة الجريمة الجنائية ، فهو ينفى صفة الخطأ المبنى من باب أولى . وقد نصت المادة الرابعة من القانون على أن من استعمل حقا استعمالا مشروعا لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

وتطبيقا لذلك لا يعتبر معتديا ولا يجوز استعمال حق الدفاع ضده من يؤنب ولده أو زوجته .

وكذلك لا يعتبر معتديا من يشاهد شخصا متلبسا بجناية فيقبض عليه لتسليمه إلى السلطات المختصة . والمحضر الذى يوقع حجزا ويقيم على المحجوزات حارسا .

ولكن إذا تجاوز الشخص حدود حقه ، جاز للمعتدى عليه استعمال حق الدفاع، كان يؤدب الزوج زوجته فيضربها ضرباً فاحشاً^(١) .

غير أنه يستثنى من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات من أنه: " لايبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ من أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول " .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" أباح القانون فى المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات مقاومة الضبط القضائى إذا ما تجاوز القانون حتى مع توافر حسن النية إذا خيف لسبب مقبول أن ينشأ عن فعله جروح بالغة ولما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الضابط وقد أجرى تفتيش المطعون ضدها الثانية بالإمساك بيدها اليسرى وجذبها عنوة من صدرها إذ كانت

(١) محمود مصطفى ص ١٢٩ - محمود نجيب حسنى ص ١٩٩ - وعكس ذلك سليمان مرقص ص ٢٨٧ - فهو يبرر الاعتداء فى حالة تجاوز الموظف فى أداء واجباته حدود سلطته مادام تم ذلك منه بحسن نية أى بناء على اعتقاده أن يؤدى لمر واجبا عليه متى كان لاعتقاده أسباب معقولة .

تخفى فيه المخدر محدثا بجسمها العديد من الإصابات يكون قد جاوز حدود وظيفته مما يجعل المطعون ضدها الثانية فى حالة تبيح لها مقاومته استعمالا لحق الدفاع الشرعى عن النفس وانتهى من ذلك إلى القضاء ببراءتها من تهمة التعدى على الضابط فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس متعينا للرفض " .

(طعن رقم ٤٩٠٤ لسنة ٥٤ قى جلسة ١٩٨٥/٢/٢٠)

وما تنص عليه المادة ٦٣ من قانون العقوبات من أنه لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية :

..... "

ثانيا : إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه .

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنيًا على أسباب معقولة " .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" إن المادة ٦٣ من قانون العقوبات إذ نصت بأنه لا جريمة إذا وقع الفعل من الموظف تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن

إجراؤه من اختصاصه متى حسنت نيته قد أوجبت عليه - فوق ذلك - أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته اعتقاداً مبنياً على أسباب معقولة " .

(طعن رقم ٩١١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٧/١/٢)

وبالعكس من ذلك يعتبر متعدياً وينشئ اعتداؤه حقاً للمعتدى عليه في دفع الاعتداء من يقحم دار غيره لارتكاب جريمة ، ومن يقبض على غيره أو يحبسه دون وجه حق ، ومن يشرع في إضرار النار في ملك غيره أو في هدمه أو إتلافه دون حق .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " لما كان لا قيام لحق الدفاع الشرعى مقابل دفع اعتداء مشروع وكان ما وقع من رجال الشرطة على ما تنهاى إليه الحكم ليس فيه ما يخالف القانون فإن الخطر الناشئ عنه يكون مشروعاً ولا تتوافر معه مبررات الدفاع الشرعى " .

(طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٩)

٢- " الدفاع الشرعى لم يتقرر لرد الاعتداء على الحق أياً كان إنما يقتصر طبقاً لما تنص عليه المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات على رد الاعتداء الواقع على نفس الشخص أو ماله أو نفس غيره أو ماله وكان الدفع بالدفاع الشرعى المقول به - بفرض إيدائه أمام

محكمة الموضوع - مؤسس على أن المجنى عليه منع أولاد الطاعن الأول من دخول المنزل الذى يقيمون فيه مما يشكل اعتداء على حقهم فى دخوله ويخول الطاعنين أن يستعملوا ضده حق الدفاع الشرعى بالاعتداء عليه بالضرب وهو ما لا يصلح سببا للتمسك بالدفاع الشرعى على ما سلف البيان ومن ثم فإن الدفع بالدفاع الشرعى يكون ظاهر البطلان لعدم استيفائه مقوماته ولا يستأهل بحسب الأصل ردا خاصا فلا على المحكمة إن هى التفتت عنه لما كان ذلك وكانت واقعات الدعوى حسبما أوردها الحكم لاترشح لقيام حالة الدفاع الشرعى فإن الطعن يفصح عن عدم قبوله " .

(طعن رقم ٢٨٢٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

٣٤٨- الشرط الرابع :

أن يكون الدفاع بالقدر اللازم لدرء الاعتداء :

يشترط أن يكون الدفاع بالقدر اللازم لدرء الاعتداء فلا يبلغ الدفاع مبلغ الإساءة أو الإقراط .

وليس المعيار فى بيان القدر اللازم لدرء الاعتداء هو النظر إلى التناسب بين الاعتداء والدفاع ، وإنما إلى التناسب بين الوسيلة التى كانت فى متناول المعتدى عليه وبين الوسيلة التى استعملها المعتدى بالفعل . فيوجد تناسب إذا ثبت أن الوسيلة التى استعملها

المدافع كانت فى ظروف استعمالها أنسب الوسائل لرد الاعتداء ، أو كانت هى الوسيلة الوحيدة التى وجدت فى متناول المهدد بالاعتداء . فالضرر الذى ينتج عن استعمال هذه الوسيلة هو القدر المناسب لرد الاعتداء .

وتقدير التناسب على هذا الوجه أمر نسبى ، فقد تعد الوسيلة مناسبة فى بعض الظروف دون البعض الآخر ، فإذا كانت القوة البدنية للمعتدى والمعتدى عليه متعادلة فلا يجوز لهذا الأخير أن يلجأ إلى رد الاعتداء بسلاح نارى .

والمعيار موضوعى فالقاضى وهو يفصل فى التناسب يراعى ما إذا كان الشخص العادى فى ظروف المهدد بالاعتداء كان يلجأ للوسيلة التى لجأ إليها المدافع أم لا . فإذا كان الجواب بالإيجاب تكون الوسيلة مناسبة لرد الاعتداء، ولو أحدثت ضررا يفوق الضرر الذى كان المدافع مهددا به .

وتتاول الظروف يتناول بطبيعة الحال حال المعتدى عليه ذكرنا أو أنثى عجوزا أو شابا ، ويتناول ما يكون لديه من الوسائل ، ومقارنة حالته بحالة المعتدى وما يكون لدى الأخير أيضا من الوسائل وما إلى ذلك

ولذلك يكتفى بعض الفقهاء بأنه يشترط ألا يكون بين الاعتداء والدفاع "عدم تناسب ظاهر" إذ لا يمكن أن نتطلب المساواة

الكاملة بين الفعلين ، فتمة اختلاف يتسامح فيه ، إذ تفرضه الظروف ولا يقوى شخص معتاد على تجنبه (١).

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " المادة ٢١٠ من قانون العقوبات تبيح حقيقة استعمال القوة اللازمة لرد الاعتداء على المال . والاعتداء على المال يحصل فى صور منها ترك المواشى ترعى فى أرض الغير . ولكن يجب فى هذه الصورة أن تكون القوة موجهة إلى رد الاعتداء . فإذا هى وجهت ضد صاحب المواشى توجبها ليس من شأنه رد الاعتداء كان الفعل تعديا لا دفاعا عن المال " .

(طعن رقم ٢٥٠ لسنة ٤٦ قى جلسة ١٩٢٨/١٢/٢٧)

٢- " يكفى فى الدفاع الشرعى أن يكون تقدير المتهم لفعل الاعتداء الذى استوجب عنده الدفاع مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة من شأنها أن تبرر ما وقع فيه من الأفعال التى رأى هو - وقت العدوان الذى قدره- أنها هى اللازمة لردّه . فإذا جاء تقدير المحكمة مخالفا لتقديره هو فإن ذلك لايسوغ العقاب . إذ التقدير هنا لايتصور أبدا إلا أن يكون اعتباريا بالنسبة للشخص الذى فوجئ

(١) محمود محمود مصطفى ص ١٤٣ ومابعدهما - محمود نجيب حسنى

ص ٢١٦ ومابعدهما.

بفعل الاعتداء فى ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التى كان هو وحده دون غيره المحوط بها والمطلوب منه تقديرها والتفكير على الفور فى كيفية الخروج من مأزقها مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ المطمئن الذى كان يستحيل عليه وقتئذ وهو فى حالته التى كان فيها " .

(طعن رقم ٣٨٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/١/٦)

٣- " إنه لما كان لا يُلزم فى القانون لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون اعتداء قد وقع فعلا على النفس أو على المال ، بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه المدافع لأسباب معقولة أن يقع هذا الاعتداء ، وكان يكفى أن يكون تقدير المدافع للفعل المستوجب للدفاع قائما على أسباب من شأنها أن تسوغ تقديره ، مما تكون به العبرة فى التقدير هى بما يراه المدافع فى الظروف التى كان هو فيها ، لا برأى المحكمة وهى تصور الحكم فى الدعوى - لما كان ذلك كله كذلك كان لا يكفى لنفى ما تمسك به المتهم من قيام حالة الدفاع الشرعى قول الحكم إن ما نسب إلى المجنى عليهما من اعتداء أوقعاه على المتهم لم يكن من الخطورة بحيث يبيح له أن يوقع بهما هذا التعدى الشديد الذى خلفه بعد عملية التربسة وهو أقرب إلى الموت منه إلى الحياة " .

(طعن رقم ١٠٨٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٠)

٤- " التماثل فى الاعتداء ليس شرطاً من شروط الدفاع الشرعى ، بل إن للدفاع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التى يراها لازمة لرد الاعتداء والتى تختلف تبعاً لاختلاف الظروف . فإذا كان الواضح أن الطاعن وآخر هوجماً وضرب الآخر ضرباً كان من المحتمل أن تنشأ عنه جراح بالغة فلا شك أن الطاعن كان له أن يدافع عن هذا الآخر بما يرد هذا الاعتداء بالوسيلة التى تيسر له استعمالها ولو كان ذلك باستعماله السلاح النارى " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥١/٣/٦)

٥- " الدفاع الشرعى لم يشرع للانتقام وإنما شرع لمنع التعدى من إيقاع فعل التعدى أو الاستمرار فيه بحيث إذا كان الاعتداء قد انتهى فلا يكون لحق الدفاع الشرعى وجود . فإذا كان ما أوردته المحكمة فى حكمها من شأنه أن يؤدى إلى ما انتهت إليه من اعتبار أن القتل إنما وقع من المتهم على المجنى عليه بعد أن زال كل خطر من جانب المجنى عليه ولم يعد ثمة محل للتحوف منه فلا وجه لإثارة الجدل حول قيام الدفاع الشرعى أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٧٥٣ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥١/٣/٦)

٦- (أ) - " من المقرر أن حق الدفاع الشرعى عن المال ينشأ كلما وجد اعتداء أو خطر اعتداء بفعل يعتبر جريمة من الجرائم التى أوردتها الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات ،

ومنها جرائم منع الحيازة بالقوة ، وكانت القوة اللازمة لدفع هذا الخطر ، وتقدير ظروف الدفاع الشرعى ومقتضياته أمر اعتبارى يجب أن يتجه وجهة شخصية تراعى فيها مختلف الظروف الدقيقة التى أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان ، مما لاتصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ البعيد عن تلك الملابس ، كما أن إمكان الرجوع إلى السلطة العامة للإستعانة بها فى المحافظة على الحق لا يصلح على إطلاقه سببا لنفى قيام حق الدفاع الشرعى بل إن الأمر فى هذه الحالة يتطلب أن يكون هناك من ظروف الزمن وغيره ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل".

(ب)- " لما كان الحكم المطعون فيه قد استظهر أن الطاعن حضر إلى مكان الحادث بعد أن استقرت حيازة الحجرة بسبب النزاع له ، وكانت الوقائع كما أوردتها الحكم تفيد أن المجنى عليه ومن معه قد حاولوا إبخال أمتعتهم إلى هذه الحجرة ، بما يؤدى إليه ذلك من منع حيازة الطاعن بها بالقوة ، ومع ذلك فقد ألقاها الحكم قضاءه برفض الدفع بصفة أساسية على أنه كان أحرى بالطاعن وهو محام أن يلجأ إلى رجال السلطة العامة لحماية يده ، فحمله بصفته واجبا لم يفرضه القانون على غيره ، ووضع قاعدة يترتب عليها كما يبدو من ظاهرها - تعطيل حق الدفاع الشرعى عن المال

كما هو معروف به فى القانون ، بما رآه من إلزام مدعى هذا الحق بأن يتخلى عن استعماله لرد ما يقع من اعتداء حفاظا على ماله إكتفاء بالعمل على استرداده بعد ضياعه مما لا يقره القانون ، وإذا كان الحكم قد أوجب على الطاعن أن يلجأ إلى رجال الشرطة ، فكان عليه أن يبين أن ظروف الزمن كانت تسمح بأن يكون الإلتجاء إلى رجال الشرطة هو سبيل صالح لرد الاعتداء قبل تمامه ، مما قصر الحكم فى بيانه . ولما كان الحكم قد انطوى فيما ذهب إليه على فهم خاطئ لنظرية الدفاع الشرعى عن المال فوق ما شايه من قصور ، فإنه يتعين نقض الحكم بغض النظر عما أورده من أسباب أخرى لنفى حالة الدفاع الشرعى ، لما يمكن أن يحمله هذا الخطأ من التأثير على عقيدة المحكمة فيما انتهت إليه .

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٩٣/٤/٩)

٣٤٩- أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعى :

إذا جاوز المدافع القدر اللازم لدفع الخطر ، كان هذا المدافع مخطئا فيما زاد عليه . وفى هذه الحالة يجب عليه التعويض منظورا فى تقديره إلى هذه الزيادة فحسب ، وملحوظا فيه كذلك أنه تعويض عن خطأ من جانب المدافع يقابل خطأ من جانب المعتدى الذى بدأ فكان الأظلم . الأمر الذى يقتضى أن تكون مسئولية

المدافع فى هذه الحدود مسئولية مخففة تتطبق عليها قواعد الخطأ المشترك .

ولذلك نصت المادة ١٦٦ على أن التعويض الذى يلزم به المدافع فى هذه الحالة يجب أن تراعى فيه مقتضيات العدالة ، إذ العدالة تقتضى فى هذه الحالة خفض التعويض عن القدر اللازم لجبر كل الضرر الذى أصاب المعتدى لأن خطأ الأخير هو الذى استفز المدافع وجره إلى الخطأ . ويعتبر نص المادة ١٦٦ على ذلك تطبيقاً لحكم الخطأ المشترك المنصوص عليه فى المادة ٢١٦ مدنى التى تجرى على أن : " يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه " (١) .

والبت فيما إذا كان المدافع قد تجاوز أو لم يتجاوز حدود الدفاع الشرعى ، مما يخضع لتقدير محكمة الموضوع دون معقب عليها مادامت قد استندت فى تقديرها إلى أسباب سائغة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وبديهى أن المسئولية لا ترتفع فى حالة الدفاع الشرعى ، إلا إذا كان من الجئ إليه قد اقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر ،

(١) سليمان مرقس ص ٢٨٩ - عبد المنعم الصده ص ٤٧٠ .

فى غير إفراط . فإذا جاوز هذا القدر اعتبر ما وقع منه من قبيل الخطأ ، وقاسم المتعدى بذلك تبعة خطأ مشترك، يتردد بينهما ، وفى هذه الصورة يقضى للمضرور بتعويض عادل ، ولكنه تعويض مخفف ، يقدره القاضى وفقاً لقواعد الخطأ المشترك^(١) .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " إذا كان الظاهر مما أثبتته الحكم أن الطاعن شاهد المجنى عليه وآخر يخرجان من منزله ليلاً وفى الظلام والمجنى عليه يحمل جوالاً من الأرز سرقة من منزله فنادى الطاعن عليهما فلم يلبيا نداءه فبادر المتقدم منهما وهو المجنى عليه بضربة واحدة من عصا تصادف أنه كان يحملها ، فلما سقط بما يحمل تركه وضبط السارق الآخر واستغاث ، وكان الحكم مع تسليمه بقيام حالة الدفاع الشرعى لدى الطاعن قد ذهب إلى أنه تجاوز حدود هذا الدفاع مع ما هو ثابت من أنه لم يعتد على المجنى عليه فى سبيل الدفاع عن نفسه وعن ماله إلا بضربة واحدة من عصا تصادف حملها ، مما لا يصح معه القول بتجاوز حدود الدفاع الشرعى ، فهذا الحكم يكون قد أخطأ ، إذ الواقعة كما صار إثباتها فيه لا يعاقب عليها القانون " .

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٢٠ فى جلسة ١٩٥١/٤/٢)

٢- "إن اللبث فيما إذا كان المدافع قد تجاوز أو لم يتجاوز حدود الدفاع الشرعى، هو من الأمور الموضوعية ، ويخضع التقدير فيها لسلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها مادامت قد استندت فى هذا التقدير إلى أسباب سائغة مقبولة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى رتبناها عليها " .

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٣/٥/١٨)

٣- " تقدير الوقائع التى يستنتج منها قيام حالة الدفاع الشرعى أو انتفاؤها متعلق بموضوع الدعوى ، لمحكمة الموضوع الفصل فيه بلا معقب مادام استدلالها سليما يؤدى إلى ما تنتهى إليه " .

(طعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/٣٠)

٤- من المقرر أنه وإن كان تقدير القوة اللازمة لرد الاعتداء وما إذا كانت هذه القوة تدخل فى حدود حق الدفاع الشرعى أو تتجاوز هو من شأن محكمة الموضوع ، إلا أنها متى كانت قد أثبتت فى حكمها من الوقائع ما يدل على أن المتهم كان فى حالة دفاع شرعى وما ينفى هذا التجاوز ولكنها استخلصت ما يخالف هذه الحقيقة ، فإنه عندئذ يكون لمحكمة النقض بما لها من حق الرقابة على صحة تطبيق القانون أن تتدخل وتصحح هذا الاستخلاص الخاطئ بما يتفق وتلك الحقيقة وما يقضى به المنطق والقانون " .

(طعن رقم ١٢٧٠ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٨)

٣٥٠ - لا يجوز التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى لأول مرة أمام محكمة النقض:

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية. بأن :

١- " إذا كان المتهم لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بقيام حالة الدفاع الشرعى، وكانت واقعة الدعى كما أثبتتها الحكم لاتفيد قيام هذه الحالة. فإنه لايقبل منه أن يثير هذا الدفاع أمام محكمة النقض ."

(طعن رقم ٢٥١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥١/٤/٢)

٢- " من المقرر أن الأصل فى الدفاع الشرعى أنه من الدفوع الموضوعية التى يجب التمسك بها لدى محكمة الموضوع ولا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم دالة بذاتها على تحقق حالة الدفاع الشرعى كما عرفه القانون ، أو ترشح لقيامها . ولما كانت واقعة الدعى كما أثبتتها الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه لاتتوافر فيها تلك الحالة لو ترشح لقيامها ، وكان يبين من محاضر جلسات المحاكم أن الطاعن لم يتمسك صراحة بقيام حالة الدفاع الشرعى ، فإنه لايقبل من الطاعن إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض . "

(طعن رقم ٧٦٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣)

مادة (١٦٧)

لا يكون الموظف العلم مسئولاً عن عمله الذى أضرب بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه ، أو كان يعتقد أنها واجبة ، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه ، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة .

الشرح

٣٥١- مسؤولية الموظف العام عن عمله الذى أضرب بالغير :

أداء الواجب كاستعمال الحق الذى ينتقى معه الخطأ ، فإذا ترتب عليه ضرر للغير ، لم يستتبع ذلك مسؤولية فاعله ، سواء كان هذا الفاعل موظفاً عاماً أو فرداً عادياً ، مادام هو أدى واجبه دون تقصير منه أو إهمال .

والمادة (١٦٧) يقابلها المادة ٦٣ من قانون العقوبات التى تنص على أنه "للاجرم إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية :

أولاً : إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة .

ثانياً : إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه .

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنيًا على أسباب معقولة .

٣٥٢- شروط عدم مسئولية الموظف عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذًا لأمر صدر إليه من رئيس :

يشترط لعدم مسئولية الموظف عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذًا لأمر صدر إليه من رئيس توافر للشروط الآتية :

١- أن يكون من صدر منه العمل موظفًا عامًا ويعتبر فى حكمه المكلف بخدمة عمومية. فلا ينطبق النص على العاملين بشركات القطاع العام أو شركات قطاع الأعمال العام ، أو العاملين بالقطاع الخاص .

٢- أن يكون الموظف العام قد قام بهذا العمل تنفيذًا لأمر صادر إليه من رئيس تجب طاعته، ولو كان هذا الرئيس غير مباشر. ولا يكفى أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة عليه . بل يجب كذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر الذى صدر إليه من الرئيس واجبة . فقد يصدر رئيس تجب طاعته إلى مرعوسه أمراً غير واجب الطاعة .

وفى هذه الحالة لا يجوز للمرعوس أن ينفذ الأمر غير المشروع ، وإلا كان عمله تعدياً يوجب مسئوليته . مثل ذلك أن يصدر مأمور

المركز أو القسم أمرا لأحد الضباط بالقبض على متهم وحبسه دون أن يستصدر بذلك أمرا من النيابة العامة^(١).

وتعتبر التعليمات الصادرة من المرفق ، بمثابة أوامر دائمة يلتزمها العاملون به ومن ثم يلزم في كل واقعة إصدار أمر مستقل بشأنها ، فرجل الأمن الذي يطلق النار على سارق ليتمكن من ضبطه ، إنما ينفذ أوامر مستكملة صادرة له محافظة على الأمن^(٢).
ويأخذ نفس الحكم أيضا أن يقوم الموظف بالعمل تنفيذا لأمر القانون دون حاجة إلى أن يكون الأمر قد صدر إليه من رئيسه إذا كان يعتقد أن القانون يفرض عليه القيام بهذا العمل وكان اعتقاده

(١) وكانت الفقرة الأولى من المادة (٢٣٤) من المشروع التمهيدي المقابلة لهذه المادة تنص على أنه : " لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي أضر بالغير ، إذا قام به تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس يجب عليه طاعته أو عن رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له " - إلا أنه في لجنة المراجعة اقترح معالي عبد العزيز فهمي باشا إبدال عبارة " من رئيس يجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له " بعبارة " من رئيس نظامي أو متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة " وذلك لأن الرئيس ليس هو الذي يجب طاعته بل الأمر الذي صدر من هذا الرئيس هو الذي يجب له الطاعة فاقترحت اللجنة هذا التعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ - ٣٧٤) - راجع أيضا

السنهوري ص ٦٥٥ - عبد المنعم الصده ص ٤٧١ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٠٨ .

مبنيا على أسباب معقولة وراعى جانب الحيطة والحرص فى قيامه به وذلك كما هو الشأن فى قيام مأمور الضبط القضائى بالقبض على شخص فى حالة تلبس فى الحالات التى تجيز ذلك ^(١).

٣- أن يثبت الموظف العام أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذى صدر إليه وقام بتنفيذه بحيث يكون هذا الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة . فإذا اتضح أن الموظف كان يعلم بعدم مشروعية العمل الذى ارتكبه كان مسئولا . كما يجب عليه أن يثبت أنه راعى فى عمله جانب الحيطة ، فلم يأت العمل إلا بعد أن تثبت وتحرى ^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وترتفع المسؤولية كذلك إذا كان العمل الضار قد وقع تنفيذا لأمر صادر من رئيس إدارى ، لانتفاء الخطأ فى هذه الصورة . ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان : فيجب أولا : أن يكون محدث الضرر موظفا عاما . ويجب ثانيا : أن يكون العمل الضار قد وقع تنفيذا لأمر صادر من رئيس إدارى ، ولو لم يكن الرئيس المباشر . وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل ، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس فصعب ، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه . وعليه كذلك ، أن يقيم الدليل على أن اعتقاده

(١) الناصورى والشوربى ص ٧٣ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٤٧١ - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤١٨ .

هذا مبنيًا على أسباب معقولة، وأنه راعى جانب الحيطة فيما وقع منه .^(١)

فإذا توافرت تلك الشروط انتفى الخطأ التقصيري عن الموظف العام ، إذ لا يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي، ويستند الأمر حينئذ لمسوغ اقتضائه حالة الضرورة محافظة على المصلحة العامة ، ولا تكون الحكومة مسئولة عن الأضرار المترتبة على تنفيذ الأمر . فالتجهر محظور قانونًا ويجب على مرفق الأمن تفريق المتجمهرين ولو بإصدار أوامر باستعمال القوة محافظة على النظام والأمن العام ، فإن ترتب على ذلك ضرر بالتجمهرين، فلا مسئولية على مرفق الأمن ، فإن قصر هذا المرفق وتمكين المتجمهرون من السلب والنهب والإتلاف كانت الحكومة مسئولة لتوافر خطأ مرفق الأمن^(٢).

غير أنه لا يعد من قبيل أمر الرئيس في هذا الصدد صدور الترخيص الإداري بالعمل من جانب السلطة الإدارية أو السلطة القضائية ، ولا يترتب عليه إعفاء المرخص له من مسئوليته عن الأضرار التي يحدثها للغير بمزاولة الأعمال المرخص بها ، لأن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٧٩ .

(٢) المستشار لاور طلبه ص ٤٠٧ .

مثل هذا الترخيص لا يعفى المرخص له من اتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تفرضها عليه القوانين والواجبات العامة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مسئولية الحكومة عن عمل الموظف في حكم القانون المدني لا يكون لها محل إلا إذا كان الخطأ المستوجب للتعويض قد وقع من الموظف في حالة تأدية وظيفته (*enexercant ses fonctions*) كما تقضى المادة ١٥٢ من ذلك القانون. أما إذا ارتكب الموظف - ولو أثناء قيامه بوظيفته أو بمناسبة قيامه بها - خطأ يدافع شخصي من انتقام أو حقد أو نحوهما ، فالموظف وحده هو الذى يجب أن يسأل عما جر إليه خطؤه من الضرر بالغير " .

(طعن رقم ٢٢٠٠ لسنة ٢ ق جلسة ١٠/٤/١٩٣٣)

٢- " من المقرر أن طاعة المأمور لرئيسه لا تكون في أمر من الأمور التي يجرمها القانون وقد جعل القانون أساسا في المادة ٦٣ من قانون العقوبات لمنع مسئولية الموظف الجنائية - أن يكون فيما قام به حسن النية ، وأنه قام أيضا بما ينبغي له من وسائل التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذى قام به وإطاعة لأمر رئيسه ولن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة " .

(طعن رقم ٢٠٤٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٤/٤/١٩٦٤)

(١) سليمان مرقس ص ٣٠٠ هامش (١) .

٣- " من المقرر أن طاعة الرئيس لا تمتد بأى حال إلى ارتكاب الجرائم وأنه ليس على مرسوم أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن لا يعدو أن يكون دفاعا قانونيا ظاهر البطلان مما لا يستأهل من المحكمة ردا " .

(طعن رقم ١٩١٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٩/١/٦)

٤- لما كان من المقرر أن طاعة المرسوم لا تمتد بأى حال إلى ارتكاب الجرائم وأنه ليس على المرسوم أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه ، فإن للحكم المطعون فيه إذ اطرح دفاع الطاعن المؤسس على أن إحراره السلاح النارى كان صدوعا لأمر رئيسه يكون بريئا من قالة الخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٩٢٥ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/١١/١٩)

٥- (أ) - " إطاعة القانون طبقا لنص المادة ٦٣ من قانون العقوبات من أسباب الإباحة التى لا توجب أية مسئولية جنائية كانت او مدنية قبل من أطاعه ، فإذا ما عهد القانون باختصاص معين لموظف فإن ما يصدر عنه من عمل فى نطاق ذلك الاختصاص يكون مباحا طالما كان مطابقا للقانون " .

(ب) - " من المقرر أن إساءة الموظف استعمال حقه تقتضى قيام الدليل على أنه انحرف في أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه وأنه لم يتصرف التصرف الذى اتخذه إلا بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة ، فإذا انتفى ذلك القصد وتبين للقاضى أن العمل الذى أتيه الموظف قد أملاه واجب الوظيفة فلا يصح القول بأنه أساء استعمال حقه " .

(طعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣)
(ذات المبدأ : طعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣)
(طعن رقم ١٧٧٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣)

مادة (١٦٨)

من سبب ضررا للغير لیتفادی ضررا أكبر ، محققا به أو غيره ، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا .

الشرح

٣٥٣- التسبب فى إحداث ضرر للغير لیتفادی ضررا أكبر :

تتناول المادة الحالة التى يحدث فيها شخص ضررا للغير لیتفادی ضررا أكبر محققا به أو غيره فلا تجعله ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا .

وهذه المادة لم يكن لها مقابل فى التقنين المدنى القديم ولكن يقابلها المادة ٦١ من قانون العقوبات التى تقضى بأن :

" لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو غيره ولو لم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى " .

٣٥٤- شروط المادة ٦١ من قانون العقوبات :

يشترط للإعفاء من العقاب طبقا للمادة ٦١ من قانون العقوبات ما يأتى :

(أ) - أن يكون ثمة خطرا على النفس ، يهدد السلامة أو الحرية أو الاعتبار ، سواء نفس من ارتكب الفعل المكون للجريمة

أو نفس غيره . فيخرج من هذا النطاق ما يقع من خطر يهدد المال ،
وهى الحالة التى يختص بها حق الدفاع الشرعى . وإنما يجب أن
يكون الخطر حقيقيا . وإن كان وهميا ، فلا بد من قيام أسباب
معقولة تبرر الاعتقاد بجديّة الحظر .

كما يجب أن يكون الخطر جسيما ، فإذا لم يبلغ الخطر هذا الحد
من اعتبار الجسامة فإنه لا يعفى من العقاب، وتقدير الجسامة أمره
موكول لمحكمة الموضوع. والمعيار فيه للشخص المعتاد فى مثل
ظروف المتهم .

وكذلك يجب أن يكون الخطر حالا . فلا تقوم حالة الضرورة
فيما انتهى وقوعه من خطر ولا فيما كان يمكن توقعه واتخاذ العدة
لملاقاته .

(ب) - " ألا يكون من دخل لإرادة الفاعل فيه . فليس بمانع من
قيام حالة الضرورة ما قد يحدث من خطر الإهمال أو عدم الاحتياط .
وإنما يجب لانتفاء حالة للضرورة تعدد إحداث الخطر ، ولايهم فى
هذا ما يكون الفاعل قد هدف إليه فيما يرتكب من جريمة عند
تحقق الخطر ، كما لو كان ارتكابه للفعل المكون للجريمة قد
استهدف فيه إشباع حقد فى نفسه .

(ج) ألا يكون من سبيل لدرء الخطر إلا بإحداث ضرر للغير .
فإذا أمكن التخلص من الخطر بغير ارتكاب الفعل المكون للجريمة ،

أو بارتكاب جريمة تقل في أهميتها عن الضرر الذى أريد تفاديه ، فإنه تنقضى حالة الضرورة^(١).

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" حالة الضرورة مناط قيامها : الخطر الذى يهدد النفس . دون المال " .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٣-ق جلسة ١١/٢/١٩٧٤)

كما قضت بأن :

١- " يشترط فى حالة الضرورة التى تسقط المسؤولية الجنائية أن تكون الجريمة التى إرتكبها المتهم هى الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به . ولما كان فرار الطاعن من مركز الشرطة لم يكن ليسوغ له أن ينطلق فى الطريق فيدفع المارين تلك الدفعة التى ألقت بالمجنى عليه فى طريق السيارة ، خاصة وأن الطاعن لا يدعى أن للمجنى عليه حاول منعه أو الإمساك به ولم يرد بالأوراق ولا بمدونات الحكم أو تقرير أسباب الطعن شئ من ذلك . ومن ثم فإن دفاعه بقيام حالة الضرورة فى هذه الصورة إنما يكون دفاعا قانونيا لا يستأهل من المحكمة رداً " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٤-ق جلسة ٣٠/٢/١٩٦٤)

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ١٧٦ ومابعدهما .

٢- الأصل أن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي التي تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة بضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ، فليس للمرء أن يرتكب أمرا محرما ثم يقارف جريمة في سبيل النجاة مما ارتكبه " .

(طعن رقم ١٩١٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٩/١/٦)

٣- " اقتياد الضابط للمتهم إلى مقر الشرطة لإتمام تحقيق بلاغ ضده يتضمن شراءه حديدا مسروقا وجد جانبا منه أمام منزله وأسفل سلمه ، مع عجزه عن إثبات مصدره ، ليس فيه ما يخالف القانون بل إن القانون يسوغ للضابط هذا الإجراء وقد توافرت الدلائل على صحة البلاغ المقدم إليه ، وليست للتحقيقات أو جمع الاستدلالات بحالة الضرورة المعرفة في القانون والتي ترفع المسؤولية الجنائية عن المتهم بعرض الرشوة إذ يشترط في حالة الضرورة ألا يكون لإرادة الجاني دخل في حلولها وإلا كان للمرء أن يرتكب أمرا مجرما ثم يقارف جريمة في سبيل النجاة مما ارتكبه " .

(طعن رقم ٤٦٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧١/٦/١٣)

٤- " من المقرر أن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي التي تحيط بشخص وتنفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله . ويشترط في حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية الجنائية أن تكون الجريمة التي ارتكبها المتهم هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد تساند في قضائه بامتناع مسؤولية المطعون ضده إلى أنه لجأ إلى إقامة البناء بدون ترخيص لضرورة وقاية نفسه وماله بسبب خارج عن إرادته لا يد له فيه ولا في قدرته منعه ، وهو تهدم البناء بسبب هبوط الأمطار ، فإن هذا الذي اتخذه الحكم أساساً لقضائه ينفي المسؤولية الجنائية لا يصلح في ذاته سبباً للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب جريمة إقامة البناء بدون ترخيص وبأن إعادة البناء كانت الوسيلة الوحيدة لدفع خطر حال على النفس أو وشيك الوقوع ، وإذا كان الحكم قد اتخذ من واقعة تهدم البناء على هذا النحو ذريعة للقول بقيام حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية الجنائية ، فقد كان يتعين عليه أن يستظهر الصلة بين واقعة تهدم البناء بسبب هطول الأمطار والضرورة التي ألجأت المطعون ضده إلى إقامته على خلاف أحكام القانون ، وأن يستجلى

هذا الأمر ويستظهره بأدلة سائغة للوقوف على ما إذا كانت الجريمة التي ارتكبها المطعون ضده هي الوسيلة الوحيدة لدفع خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ، لو أنه كان في وسعه أن يتجنب ارتكابها بالالتجاء إلى وسائل أخرى يتمكن بها من وقاية نفسه أو غيره من تلك الخطر الجسيم الحال بفرض قيامه ، مما قصر الحكم في بيانه " .

(طعن رقم ١١٣٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢)

٥- لما كان الأصل في القانون أن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي التي تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله، وكان قصارى ما أوردته الدفاع عن الطاعن تبريرا لقيام حالة الضرورة أنه كان في حالة فقر أثناء وجوده بالأردن ، وكان الفقر بمجرد لا يتحقق به حالة الضرورة ما لم يقترن بالخطر الجسيم وبشرط ألا يكون لإرادته دخل في حلوله وهو ما لم يدعه الطاعن فلا يعيب الحكم أن يلتفت عنه لأنه دفاع ظاهر البطلان بعيد عن محجة الصواب " .

(طعن رقم ٣٣٩٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠ -

غير منشور)

٣٥٥- الشروط الواجب توافرها في حالة الضرورة
المنصوص عليها بالمادة ١٦٨ مدنى :
١- وجود خطر يهدد نفس أو مال محدث الضرر أو أحدا
غيره :

يشترط لانتطبق المادة وجود خطر يهدد نفس أو مال محدث
الضرر أو أحدا غيره . فلا فرق بين الخطر الذى يهدد النفس
والخطر الذى يهدد المال. وفى هذا تختلف حالة الضرورة عنها فى
نطاق القانون الجنائى الذى يقتصر فيه وقوع الخطر على النفس
دون المال ^(١).

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- "الأصل أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى
تحيط بشخص وتنفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره
من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن
لإرادته دخل فى حلوله ، فليس للمرء أن يرتكب أمرا محرما ثم
يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما ارتكبه " .

(طعن رقم ١٩١٣ لسنة ٣٨ قى جلسة ١٩٦٩/١/٦)

(١) السنهورى ص ٦٥٨ - سليمان مرقس ص ٢٧٧ - المستشار أنور طلبه
ص ٤١٢ .

٢- " من المقرر أن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي التي تحيط بشخص وتنفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله . ويشترط في حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية الجنائية أن تكون الجريمة التي ارتكبها المتهم هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد تساند في قضائه بامتناع مسؤولية المطعون ضده إلى أنه لجأ إلى إقامة البناء بدون ترخيص لضرورة وقاية نفسه وماله بسبب خارج عن إرادته لا يد له فيه ولا في قدرته منعه ، وهو تهدم البناء بسبب هبوط الأمطار ، فإن هذا الذي اتخذته الحكم أساسا لقضائه ينفي المسؤولية الجنائية لا يصلح في ذاته سببا للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب جريمة إقامة البناء بدون ترخيص و بأن إعادة البناء كانت للوسيلة الوحيدة لدفع خطر حال على النفس أو وشيك الوقوع، وإذا كان الحكم قد اتخذ من واقعة تهدم البناء على هذا النحو ذريعة للقول بقيام حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية الجنائية ، فقد كان يتعين عليه أن يستظهر الصلة بين واقعة تهدم البناء بسبب هطول الأمطار والضرورة التي ألجأت المطعون ضده إلى إقامته على خلاف أحكام القانون ، ولن يستجلى هذا الأمر ويستظهره بأدلة سائغة للوقوف على ما إذا كانت الجريمة

التي ارتكبها المطعون ضده هي الوسيلة الوحيدة لدفع خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرائته نخل في حلوله ، أو أنه كان في وسعه أن يتجنب ارتكابها بالالتجاء إلى وسائل أخرى يتمكن بها من وقاية نفسه أو غيره من ذلك الخطر الجسيم الحال بفرض قيامه ، مما قصر الحكم في بيانه " .

(طعن رقم ١١١٣ لسنة ٤٥٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٢)

ويجب أن يكون هذا الخطر حالا محققا وقد عرضنا سابقا للمقصود بالخطر الحال المحقق .

٢- أن يكون مصدر الخطر سببا أجنبيا كفعل الطبيعة أو فعل الغير ، فلا يكون لمن أحدث الضرر أو لمن وقع عليه الضرر سبب فيه . فإذا كان سبب الخطر هو فعل محدث الضرر نفسه فإنه يكون مسئولاً مسئولية كاملة كمن يشعل حريقاً في بيته ثم يتلف منقولات الغير لإطفاء الحريق ، إذ ليس للإنسان أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة في سبيل النجاة مما أحدثه بيده ، فإذا كان مصدر هذا الخطر هو نفس الشخص الذي وقع عليه الضرر فإن من يدفع الخطر ولو بالحق ضرر بمن كان مصدر لهذا الخطر يكون في حالة دفاع شرعي ولا يلزم بأي تعويض^(١).

(١) الدناصوري والشولوبى ص ٧٤ - لحد حشمت أبو ستيت ص ٤١٧ .

٣- أن يكون الضرر المراد تقاضيه أكثر من الضرر الذى وقع ، فإذا كان أقل منه أو مساو له ، فلا تقوم حالة الضرورة ، واعتبر الفعل الضار خطأ وموجبا المسؤولية الكاملة وفقا للقواعد العامة . لأن الرجل المعتاد لايسمح لنفسه بأن يلحق بغيره ضررا جسيما لينجو هو من خطر أخف ^(١).

(١) فقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية - بأن :

" من المقرر أن حالة الضرورة التى تسقط المسؤولية هى التى تحيط بشخص وتكفحه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله . ويشترط فى حالة الضرورة التى تسقط للمسئولية الجنائية أن تكون الجريمة التى ارتكبها المتهم هى الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد تساند فى قضائه بامتناع مسؤولية المطعون ضده إلى أنه لجأ إلى إقامة البناء بدون ترخيص لضرورة وقاية نفسه وماله بسبب خارج عن إرادته لا يد له فيه ولا فى قدرته منعه ، وهو تهدم البناء بسبب هبوط الأمطار ، فلن هذا الذى اتخذته الحكم أساسا لقضائه ينفى المسؤولية الجنائية لا يصلح فى ذاته سببا للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب جريمة إقامة البناء بدون ترخيص وبيان إعادة البناء كانت الوسيلة الوحيدة لدفع خطر حال على النفس أو وشيك الوقوع ، وإذا كان الحكم قد اتخذ من واقعة تهدم البناء على هذا النحو ذريعة للقول بقيام حالة الضرورة التى تسقط للمسئولية الجنائية فقد كان يتعين عليه أن يستظهر الصلة بين واقعة تهدم البناء بسبب هطول الأمطار والضرورة التى ألجأت المطعون ضده إلى إقامته على خلاف أحكام القانون، وأن يستجلى هذا الأمر ويستظهره بأدلة ماثلة

ويلاحظ الفرق في ذلك بين القانون المدنى وقانون العقوبات ،
إذ الأخير لم يصرح بالتعويل على التفاوت بين الضررين وإنما
اهتم بأن لا يكون ثمة سبيل لدرء الخطر الحال غير ارتكاب الفعل
الضار أى أن يكون الخطر ملجئاً لارتكاب هذا الفعل مما يجعله
قريباً من القوة القاهرة .

إلا أن شراح القانون الجنائى ذهبوا إلا أن الخطر لا يصح بآى
حال اعتباره ملجئاً لإحداث ضرر أكبر منه ، ولذلك قالو إنه يشترط
فى حالة الضرورة ألا يكون ثمة سبيل لدرء الخطر غير إحداث
ضرر للغير لايجاوز فى أهميته الضرر الذى لريد تقاويه ، بمعنى
أن ضرورة إنقاذ روح معينة يجوز أن تلجئ إلى إزهاق روح
أخرى ، أما ضرورة إنقاذ البصر أو عضو آخر فلا يصح اعتبارها
ملجئاً لإزهاق الروح^(١).

أما فى القانون المدنى فقد اشترط فى انتفاء الخطأ الخاضع
للقواعد العامة وفى تطبيق حكم المادة ١٦٨ أن يكون الضرر الذى

لوقوف على ما إذا كانت الجريمة التى ارتكبتها المَطْعَمُونَ ضده هى
الوسيلة الوحيدة لدفع خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو
بغيره ولم يكن لإرلائته نخل فى حوله ، لو أنه كان فى وسعه أن يتجنب
ارتكابها بالالتجاء إلى وسائل أخرى يتمكن بها من وقاية نفسه أو غيره
من تلك الخطر الجسيم الحال بفرض قيامه مما قصر الحكم فى بيانه " .

(طعن رقم ١١٢٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢)

(١) محمود نجيب حنى ٥٩٦ وما بعدها .

أريد تقاضيه أكبر من الضرر الذى وقع . فإذا كان الضرران متعادلين ، كان الفاعل مخطئاً فى إنزال ضرر بالغير توكفاً لضرر شخص لا يجاوزه فى الأهمية . وحققت عليه المسؤولية للعادية وفقاً للمادة ١٦٣ ولم يجز تطبيق حكم المادة ١٦٨ عليه ^(١).

ومن الصور التى تعرض فى هذا المجال . حالة الشخص المشرف على الغرق دون خطأ منه إذا كان يستطيع النجاة بتضحية سلامة غيره أو مال غيره، وحالة من يضطر إلى اقتحام ملك غيره لإطفاء حريق شب عنده أو عند شخص ثالث يخشى أن يسبب خسائر جسيمة فى الأرواح والأموال ، وحالة سائق للسيارة الذى يفاجأ بشخص يلقى بنفسه أمام سيارته فيضطر فى سبيل تقاضيه إلى الصعود على الرصيف وإتلاف واجهة بعض المحلات التجارية أو معروضاتها .

٢٥٦ - مسؤولية الموظف قبل الحكومة :

إخلال الموظف بالالتزامات التى تفرضها عليه وظيفته - إذا أضر بالدولة - يستوجب مسؤوليته المدنية طبقاً للقواعد العامة وبغير حاجة إلى نص خاص .

(١) سليمان مرقس ص ٢٧٨ وما بعدها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " امتناع الموظف عن تنفيذ واجبات وظيفته يعتبر خطأ
تترتب عليه مسؤوليته إذا ما ألحق ذلك ضرراً بالغير " .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٣)

٢- (أ) - "علاقة الموظف بالدولة هي رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها بشأن الوظيفة ، وتحت قواعد أساسية عامة تحكم واجبات الموظف تقوم على وجوب أدائه العمل المنوط به بعناية ودقة الرجل الحريص المتبصر ، وهذه القواعد الأساسية قد ترد في القانون مع ضوابطها وقد يخلو منها القانون دون أن يؤثر ذلك في وجوب التزام الموظف بها ، ويعتبر مصدر التزام الموظف بتلك القواعد هو القانون مباشرة فيسأل الموظف عن إخلاله بهذا الالتزام ، وقد قنن المشرع هذه القواعد في القانون رقم ٢١٠ سنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة فحدد في الفصل السادس منه واجبات الموظفين والأعمال المحرمة عليهم .

(ب) - " إخلال الموظف بالالتزامات التي تفرضها عليه وظيفته - إذا أضر بالدولة - يستوجب مسؤوليته المدنية طبقاً للقواعد العامة ويغير حاجة أيضاً إلى نص خاص يقرر هذه المسؤولية " .

(ج) - " من المقرر أن كل ما يكلف به الموظف من قبل رؤسائه من أعمال لا تتعارض مع مقتضيات وظيفته يعتبر من أعمال الوظيفة التي يجوز مساعدته عن الإخلال بها " .

(طعن رقم ٢٦٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

٣- (أ) - " علاقة الموظف بالدولة هي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - علاقة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها بشأن الوظيفة وثمة قواعد أساسية عامة تحكم واجبات الموظف ، وتقوم على وجوب أداء العمل المنوط به بدقة وعناية الرجل الحريص المتبصر . وهذه القواعد الأساسية قد ترد في القوانين مع ضوابطها . وقد يخلو منها القانون دون أن يؤثر ذلك في وجوب التزام الموظف بها . ويعتبر مصدر التزام الموظف بتلك القواعد هو القانون مباشرة ، فيسأل الموظف عن إخلاله بهذا الالتزام وقد قنن المشرع هذه القواعد في القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة فحدد في الفصل السادس منه واجبات الموظفين والأعمال المحرمة عليهم " .

٣- (ب) - " إخلال الموظف بالالتزامات التي تفرضها عليه وظيفته - إذا أضر بالدولة - يستوجب مسئوليته المدنية طبقاً للقواعد العامة و بغير حاجة أيضاً إلى نص خاص يقر هذه المسئولية " .

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٠)

٣٥٧ - تطبيق معيار الخطأ :

للموازنة بين الضرر الذى يصيب للشخص من التضحية بحقه احتراماً لحق الغير وبين الضرر الذى يصيب الغير من التضحية بحق ذلك الغير استعمالاً لحقه هو . يؤخذ بمعيار الرجل العادى، ولاشك أن الرجل العادى إذا وجد أن الضرر الذى يصيبه من التضحية بحقه أكبر مما يصيب الغير لو سمح لنفسه أن يمس بحقه فإنه يعتبر نفسه معفى من واجب احترام حق الغير إنقاذاً لنفسه أو ماله أو غيره من الضرر الأكبر . وإذا وجد العكس فإنه يعتبر نفسه ملزماً باحترام واجبه نحو الغير . فكل شخص يوجد فى حالة ضرورة ، ويتبع مثل هذا المسلك يكون قد أقام بما ينبغى ولايصح اعتباره مخطئاً وبالتالي فإنه إذا ترتب على مسلكه هذا ضرر للغير لا يكون ملزماً قانوناً بتعويض هذا الضرر ^(١).

**وقد أخذت بذلك محكمة النقض - الدائرة الجنائية -
فى ظل القانون المدنى القديم إذ قضت بأن :**

" إذا كانت الواقعة حسبما أوردها الحكم المطعون فيه ليس فيها ما يفيد أن الحادث كان - كما انتهت إليه المحكمة - نتيجة قوة قاهرة، أو أن إرادة المتهم وقت وقوعه منه كانت منعمة متلاشية ،

(١) سليمان مرقس ص ٢٧٥ - عبد المنعم الصده ص ٤٧٢ .

بل تفيد أن المتهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريدا مختارا بعد أن وازن بين أمرين : القضاء على حياة الغلام الذى اعترض سيارته عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفريز الشارع حيث وقعت الواقعة ، فهذا الفعل أدنى إلى أن يوصف فى القانون بأنه من قبيل أفعال الضرورة التى تحدث عنها قانون العقوبات فى المادة ١٦١ الواردة فيها الشروط الواجب توافرها فى حق من يصح له أن يتمسك بها . وهذه الشروط ، لتعلقها بالمسألة الجنائية ، لاثتير لها فى المسألة المدنية التى مناطها دائما الخطأ . فمضى ثبت وقوع الخطأ أو التقصير فقد حق على من ارتكبه ضمان الضرر الناشئ عنه ولو كانت فعلته من الوجهة الجنائية لا عقاب عليها . وإذا كان الفعل المرتكب فى حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تقاديه ، بل كان بالبداية أهم منه شأننا وأجل خطرا وأكبر قيمة ، فإن التعويض يكون واجبا إذا ما لحق الغير ضرر . وذلك على أساس توافر الخطأ فى الموازنة، وقت قيام حالة الضرورة ، بين الضررين لارتكاب أخفهما :

(طعن رقم ١٩٠٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/١١/١٧)

٣٥٨- الفرق بين حالة الضرورة والدفاع الشرعى والقوة القاهرة :

تقتصر حالة الضرورة فى النطاق الجنائى على الخطر الجسيم الذى يهدد النفس ، لما للدفاع الشرعى فى هذا النطاق فإنه يجوز أن يكون لرد الاعتداء الذى يقع على المال . ولكن فى نطاق المسؤولية المدنية ، فإن حالة الضرورة وحق الدفاع الشرعى يتفقان فى رفع الخطر عن النفس ولكن تفتقر حالة الضرورة عن حق الدفاع الشرعى ، فى أن الضرر الذى يحدث فى حالة الضرورة إنما يصيب شخصا بريئا . أما فى الدفاع الشرعى فإن الضرر يقع بمعتد لرد اعتدائه .

كما يفترقان فى أنه ينظر فى الدفاع الشرعى إلى أن تكون الوسيلة التى اتخذها المدافع مناسبة لرد الاعتداء ، أو أنه كان لا يوجد وسيلة غيرها لذلك . أى لا يكون بالمقارنة بين الضرر الذى يهدد المدافع والضرر الذى يوقعه بالمعتدى . وإنما تكون الموازنة بين الوسائل . أما فى حالة الضرورة فإنه تجب الموازنة بين ضررين ، إذ يشترط أن يبلغ الضرر المراد تفاديه ، درجة من الجسامة تفوق الضرر الذى يهدد الفاعل .

وفى فرقان أيضا فى أن المسؤولية فى الدفاع الشرعى تنتفى إطلاقا ، إلا إذا تجاوز المدافع حدود الدفاع ، فإن مسؤوليته تقوم

على أساس الخطأ المشترك على ما سبقت الإشارة إليه . أما فى حالة الضرورة فإن محدث الضرر يلزم بتعويض مناسب ، إلا إذا كان محدث الضرر قد تسبب فى خلق حالة الضرورة ، فتقوم مسئوليته كاملة .

أما القوة القاهرة ، فيتشرط فيها أنه لم يكن من الممكن توقع الحادث عقلا ، وألا يكون من دخل لإرادة الشخص فيه وألا يترك مجالا للاختيار لو توقيه بنحو آخر . وإذا تحقق القوة القاهرة فإنه تنفى علاقة السببية . ولكن فى الحالة التى يرجع فيها إلى القياس بالشخص المعتاد فى مثل ظروف المدعى عليه ، كما فى الالتزام ببذل عناية ، فإن القوة القاهرة تنفى الالتزام .

وإن أهم ما تفرق فيه حالة الضرورة عن القوة القاهرة ، أنه فى حالة الضرورة يمكن للشخص أن يتحمل الضرر الذى يتهده ، دون الالتجاء إلى تقاضيه بإحداث ضرر للغير . أما القوة القاهرة فإنها تلجئ إلى وقوع الضرر للغير ، إذ لا سبيل إلى رفعه لو مقاومته ^(١).

(١) حسين عامر وعبد الرحيم علم من ١٨٠ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... وينبغي التحرز ، فى هذا المقام ، فى التفريق بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية ، وبين هذه الحالة وحالة الدفاع الشرعى ، من ناحية أخرى. ففى حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مندوحة عن إحداثه ، لو أنه وطن النفس على تحمل الضرر الذى كان يتهده . أما القوة القاهرة ، فهى ، على النقيض من ذلك ، تلجئ إلى الإضرار إزاء لا قبل للفاعل بدفعه . ثم إن للخطر الداهم الذى يقصد إلى توقيه ، فى حالة الضرورة ، لا يكون للمضروب يد فى إحداثه . ويختلف عن ذلك وضع المضروب فى حالة الدفاع الشرعى ، فهو بذاته محدث ذلك الخطر . ويتفرع على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلط بحالة الدفاع الشرعى ، إذا كان العمل الضار لم يدفع إليه خطر خارجى ، وإنما استلزمه خطر صادر من المضروب نفسه . ففى مثل هذه الحالة تتنقئ المسؤولية بناتنا ، ويكون للضرورة حكم الدفاع الشرعى من هذا الوجه . وقد لمح التقنين الألمانى هذه التفرقة فنص فى المادة ٢٢٨ على أن "كل من أئلف أو ضرب شيئا مملوكا للغير لدرء خطر يتهده أو يتهدد غيره من جراء هذا الشئ لا يعد بذلك مخالفا للقانون ، متى كان الإئتلاف أو التخريب قد استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسبا مع هذا الخطر . فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بقطعه سئل عن تعويض الضرر". وقد اتبع التقنين البولونى هذه التفرقة نفسها ، مع

اختلاف فى التعبير ، فنص فى المادة ١٤٠ على أن " كل من ضرب أو أُلغف شيئاً مملوكاً للغير ، أو قتل أو جرح حيواناً مملوكاً للغير ، وقاية لنفسه أو لغيره من خطر يتهدهد أو يتهدد هذا الغير مباشرة من جراء هذا القسئ أو ذلك الحيوان ، لايسأل عما يحدث من ضرر ، إذا كان لم يستجلب هذا الحظر ، وكان الفعل الذى ترتب عليه الضرر لازماً " . ويلاحظ أن التقنينين المتقدم ذكرهما يفرقان بين حالة إحداث الخطر من جراء شئ يملكه المضرور ، وبين حالة إحداث الخطر بخطأ من وقع للضرر منه . ففي الحالة الأولى تنتفى المسؤولية بتاتا ، فى حين أنها تظل فى الحالة الثانية كاملة غير منقوصه . على أن المشروع قد عرض لحالة أنق من الحالتين السابقتين ، فواجه صورة من صور الخطر تنجم عن ظروف خارجية لا يكون لمحدث الضرر أو المضرور يد فيها ، وقضى بتخفيف المسؤولية فى هذه الصورة عوضاً عن الإبقاء عليها أو نفيها فى جملتها ^(١).

٣٥٩ - حكم الضرر :

إذا كان الضرر الذى وقع بفعل مرتكب الفعل الضار تافها بالنسبة إلى الخطر الذى يراد تلافيه أصبح هذا الخطر بمثابة قوة قاهرة تنتفى معها المسؤولية التقصيرية تماماً ، ولايبقى للمضرور

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٧٩ ومابعدها .

إلا الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب . كما فى حالة شخص يشرف على الغرق فيقتلع شجرة للغير يمسك بها لاتقاذ نفسه .

وإذا كان الخطر المراد تقاديه أكبر بكثير من الضرر الذى وقع ، بحيث لا يبلغ مبلغ القوة القاهرة ولكنه يجعل الشخص فى حالة ضرورة ملجئة ، فإنه يرفع أيضا المسئولية التقصيرية . لكن يستطيع المضرور أن يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب .

ومثل هذه الحالة أن يضطر سائق سيارة إلى إتلاف مال أو سيارة أخرى على جانب الطريق ليتفادى قتل أحد المارة أو يستولى شخص على دواء للغير ليعالج نفسه من مرض خطر فاجأة .

وإذا كان الخطر المراد تقاديه أشد من الضرر الذى وقع دون أن يبلغ ما بلغه فى الحالة السابقة كما إذا أتلّف الشخص مالا كبير القيمة ليتفادى خطرا محققا ، كإخماد حريق شبت فى منزله . فتلك هى الحالة التى عنها النص بقوله " لا يكون (أى المتسبب فى الضرر) ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً " .

والمشرع باستعماله مثل هذه العبارة إنما يقصد فى الواقع إلى أن يكون التعويض مخففا ، لأنه يرى المتسبب معذورا إلى حد ما . والتعويض هنا يستند إلى المسئولية التقصيرية . وذلك إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى الإثراء بلا سبب .

لما إذا كان الخطر المراد تفاديه مساويا للضرر الذى وقع أو
دونه فى الجسامة. فإن هذا الشخص يكون متعديا تتحقق مسئوليته
التقصيرية كاملة ، لأنه لايجوز لشخص أن يلحق بغيره ضررا
ليتفادى خطرا لايزيد على هذا الضرر .

وهذه الحلول قد روعى فيها معيار التعدى فى الخطأ وهو
السلوك المألوف للشخص العادى الذى نكرناه سلفاه . فالشخص
الذى سبب الضرر لم ينحرف عن هذا السلوك فى الحالتين الأولى
والثانية فارتفعت مسئوليته . وانحرف عنه فى الحالة الثالثة انحرفا
تخفف منه حالة الضرورة فكانت مسئوليته مخففة ، وانحرف عنه
انحرفا كاملا فى الحالة الأخيرة فتحققت مسئوليته كاملة (١).

(١) المستهورى ص ٦٥٨ ومابعدها - عبد المنعم الصنده ص ٤٧٢ ومابعدها
- حشمت أبو ستيت ص ٤١٧ .

مادة (١٦٩)

إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض .

الشرح

٣٦٠- المقصود بالتضامن :

إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر .

والمقصود بالتضامن أن كلا من المسئولين المتعددين يكون مسئولا قبل للمضرور بأداء كامل التعويض ، ويجوز للمضرور مطالبتهم جميعا كما يستطيع أن يختار من بينهم من يشاء فيقتصر عليه دعواه دون غيره ويطالبه بالتعويض كله، وبذلك يعتبر التضامن بين المدنيين ضمانا نافعا للدائن ضد الإعسار الذى قد يصيب أحد هؤلاء المدنيين بحيث يجوز للدائن الرجوع على أى منهم ليستوفى حقه كاملا .

وفى حالة التضامن بين الدائنين المتعددين يجوز لأى من الدائنين أن يطالب الدين بكل الدين بحيث يكون وفاء الدين لأى دائن بكل الدين مبرئا لئمتة فى مواجهة كافة الدائنين .

ومن المقرر أن التضامن لا يفترض إنما يتقرر بناء على اتفاق أو نص في القانون كما تنص بذلك المادة ٢٧٩ من القانون المدني ، والاتفاق متصور في العلاقة التعاقدية ، إذ يمكن الاتفاق أو عدم الاتفاق على التضامن بعكس المسؤولية التقصيرية حيث لا يكون المضرور في موقف يمكنه من الاتفاق على التضامن قبل ارتكاب الخطأ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الغصب في ذاته فعلا ضارا ، وكان الريع - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثمار ، وكان من المقرر طبقا لنص المادة ١٦٩ من القانون المدني أنه إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، فإن الحكم إذ أيد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام الطاعنين متضامنين بالريع يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٩٩٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٤)

٢- (أ) - " الحكم الذي تقرر به المادة ١٦٩ من القانون المدني من أنه إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في

(١) الدناصوري والشولوبى في المسؤولية المدنية ص ٤٧٩ .

التزامهم بتعويض الضرر . لايرد إلا عند تحديد مسؤولية كل شخص من محدثي الضرر المتضامنين وذلك فيما بين مرتكبي الفعل للضار أنفسهم ، ومادام المتبوع لم يرتكب خطأ شخصيا فإن مسؤوليته بالنسبة لما اقترفه تابعه هي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ولايعتبر بالنسبة لهذا التابع مدنيا متضامنا أصلا " .

(ب) - " الالتزام بالتضامن في حكم الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من قانون المرافعات يقصد به التضامن بين المننيين ، كما أن العبرة بالحكم فعلا بالتضامن أما إذا كان المدعى قد طلب الحكم به ولم تستجب المحكمة له فلا يتحقق موجب الاستثناء المقرر في الفقرة المشار إليها كما لايجوز القياس ، وتبقى القاعدة المتضمنة في الفقرة الأولى من تلك المادة من أنه إذا تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم جاز رفع الطعن من أو هذا البعض دون حاجة إلى إخال الآخرين ولا يفيد من الطعن إلا من رفعه ويعتبر الآخرون غير خصوم في الطعن ولايجوز إخالهم بعد مضي ميعاد الطعن ولايجوز الاحتجاج منهم أو ضدهم بالحكم الصادر في الطعن " .

(طعن رقم ٩٢٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١١/١٢)

٣- " المقرر بنص المادة ١٦٩ من القانون المدني أنه إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض " .

(ب)- " التضامن فى القانون معناه أن يكون كل من المطالبين به ملزما للطالب واحدا أو أكثر بكل المبلغ المطالب به " .
(طعن رقم ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠)

٣٦١ - شروط قيام التضامن فى المسؤولية :

يُشترط لقيام التضامن من بين المسؤولين المتعديين توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ . وعلى ذلك فإن ورثة المسؤول الذى ارتكب خطأ مهما كانت جسامته لا يمكن ترتيب المسؤولية التضامنية فى مواجهتهم وتقتصر مسؤوليتهم فى حدود نصيبهم فى التركة التى آلت إليهم بمقتضى قواعد الإرث فليس من تضامن بينهم لأن أحدا منهم لم يرتكب أى خطأ .

وقد يكون أحد المسؤولين أحدث الضرر كله والآخر لم يحدث إلا بعضه ، فيكونان مسئولين بالتضامن فى البعض الذى اشتركا فيه ، وينفرد الأول بالمسؤولية عما استقل بإحداثه . مثل ذلك مخفى بعض الأشياء المسروقة ، تقتصر مسؤوليته بالتضامن مع السارق على مقدار ما أخفى^(١).

(١) المنهوى ص ٧٧٩ هامش (١) ونقض جنائى ١٩١٨/٢/١٦ الذى أشار

ولا يشترط للحكم بالتضامن على المسؤولين أن يكونوا قد ساهموا في الجريمة الواحدة بصفة فاعلين أو شركاء بمعنى أن يكون الخطأ الذى وقع منهم واحدا .

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " إن القانون لا يشترط فى الحكم بالتضامن على المسؤولين عن التعويض أن يكونوا قد ساهموا فى الجريمة الواحدة بصفة فاعلين أو شركاء ، أو بعبارة أخرى أن يكون الخطأ الذى وقع منهم واحدا ، بل إنه يكفى أن يكون قد وقع من كل منهم خطأ متى كانت أخطاؤهم مجتمعة قد سببت للمضرور ضررا واحدا ولو كانت لم تقع فى وقت واحد . وإن فساد الخطأ الذى يقع من السارق بفعل السرقة يتلاقى فى نتيجته مع الخطأ الذى يقع ممن يخفى المسروق بالنسبة للمال الذى وقع عليه فعل الإخفاء من حيث الضرر الذى يصيب المضرور بحرمانه من ماله فإن الحكم إذا لزم المخفى لكل ما سرق بأن يدفع مبلغ التعويض بالتضامن مع السارق يكون قد أصاب ولم يخطئ فى شئ " .

(طعن رقم ١٣٣٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٥/٢٤)

٢- " من المقرر أن التضامن فى التعويض بين الفاعلين الذين أسهموا فى إحداث الضرر واجب بنص القانون مادام قد ثبت اتحاد

الفكرة وإرادة لديهم وقت الحادث على إيقاع الضرر بالمجنى عليهم .

(طعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣٠)

ويستوى أن يكون الخطأ عمدياً أو غير عمدي .

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" إن التضامن في التعويض بين المسؤولين عن العمل الضار واجب طبقاً للمادة ١٦٩ من القانون المدني يستوى في ذلك أن يكون الخطأ عمدياً أو غير عمدي . "

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٢/٣/٢٥)

الشرط الثاني :

أن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سبباً في إحداث الضرر .
فإذا لم يمكن تعيين محدث الضرر من بين جماعة فلا يمكن مساءلة هؤلاء الجماعة بالتضامن ، كما إذا لم يعرف من بين لاعبي الكرة في الطريق من قذف الكرة وأحدث إصابة المضرور .

ولا يعتد بدرجة جسامه الخطأ المنسوب إلى كل من المسؤولين فقد يكون الخطأ المنسوب إلى كل من المسؤولين عمدياً أو خطأ جسيماً أو عادياً .

ولا يلزم الاتحاد في قدر الخطأ فقد يكون خطأ جسيماً والآخر يسيراً وفي جميع الأحوال تترتب المسؤولية للتضامنية ، فالخطأ العمدى الصادر من أحد المسؤولين طالما أنه لم يستغرق الخطأ العادى للمسئول الآخر ، لا يعفى هذا الأخير من المسؤولية ^(١).

ولا يشترط وحدة الخطأ لو تعاصر الأخطاء ، فقد يصدر من المتعدين أخطاء مختلفة، وبالرغم من عدم تعاصر هذه الأخطاء فإن ذلك لا يؤثر على تطبيق قواعد المسؤولية التضامنية طالما أنه قد توافرت علاقة السببية بين كل من هذه الأخطاء والضرر الذى لحق المضرور فيقضى بالمسؤولية عن كل قيمة التعويض ، مثال ذلك بيع لحم فاسد إلى المستهلكين وترتب على ذلك موت أحد الأشخاص ، فصاحب الماشية الذى باعها وللجزائر الذى نبحها وباعها للمستهلك والطبيب البيطرى ومفتش الصحة اللذين أوقعا الكشف الطبى عليها مسئولون جميعاً بالتضامن إذ تترتب على أخطائهم المتعددة توزيع اللحم على المستهلكين وحصول الضرر .

وكذلك إذا ترك شخص سلاحه النارى بداخلة مقنوف فى حيازة شخص مهمل فأطلقه وأصاب آخر فإن الاثنين مسئولان بالتضامن ^(٢).

(١) السهوى ص ٧٧٩ - الناصورى والشواربى ص ٤٨٠ .

(٢) الناصورى والشواربى ص ٤٨٠ ومابعدهما .

ولا يلزم أن تتحد الأخطاء فى نوعها فقد يكون بعضها عمديا والآخر بإهمال^(١)، وقد يكون بعضها جنائيا والآخر مدنيا ، وقد يكون بعضها ايجابيا والآخر امتناعا . مثال ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحا فيدخل لص ويسرق المنزل، ففى هذه الحالة يكون الخادم واللص متضامنين على اختلاف ما بين الخطئين فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائى والآخر مدنى وأحدهما عمل والآخر امتناع عن العمل^(٢).

كذلك لا يهم أن يكون بعض الأخطأ مفترضة والبعض الآخر ثابتة أو كان الخطأ بفعل شخص أو كان الخطأ مبناه المسؤولية عن

(١) وقد يكون أحد الخطأين عقديا مادام الآخر خطأ تقصيريا كان يتعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع على أن يعمل فى مصنعه مدة معينة ، وأخل بتعهدة فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، فيكون العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معا نحو صاحب المصنع الأول كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفنى مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضا عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولا ، فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض ضرر واحد تعويضا كاملا . وهذه ليست مسؤولية بالتضامن بل هى مسؤولية

مجتمعة (المشهورى ص ٧٨٢) .

(١) المشهورى ص ٧٨١ .

فعل الغير أو عن الأشياء فسائق السيارة ومالكها مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق وخطأ الأول ثابت وخطأ الآخر مفترض^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر إذ يعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن للتابع كفالة مصدرها القانون مما يترتب عليه أنه إذا تعدد المتبوعون كانوا متضامنين فيما بينهم عملاً بالمادة ٧٩٥ من القانون المدني .

(طعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٣٠)

٢- " من المقرر أنه إذا ارتكب التابع عملاً غير مشروع دون أن يقع من المتبوع خطأ شخصي فإن المتبوع يكون متضامناً مع تابعه ومسئولاً قبل المضرور عن أعماله غير المشروعة ، وما ينبني على ذلك من أن المضرور يكون بالخيار إما أن يرجع على التابع وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معاً ، ولكن إذا أراد المضرور الرجوع على التابع فحسب فإنه يتعين أن يكون الأخير أهلاً لأن يخاصم ويختصم وفقاً لأحكام القانون " .

(طعن رقم ١٩٠٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/٦/٧)

(١) السنهوري ص ٧٨١ وما بعدها - حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٤٥٠ .

وكما رأينا سلفا فإن القضاء يأخذ بنظرية السبب المنتج فلا يأخذ في الاعتبار إلا السبب المنتج ، أى السبب الذى يحدث الضرر عادة حسب المألوف ، ويسقط من الاعتبار السبب العارض الذى لا يودى تدخله إلى إحدث الضرر عادة .

واستخلاص توافر علاقة سببية مباشرة بين خطأ كل من المسؤولين والضرر أو نفيها من مسائل الواقع التى يقرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض إلا إذا كان استخلاصه غير سائب (١).

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" إذا كان الثابت بالحكم أن المتهمين وفريقهما حضروا معا لمحل الحادثة وكان كل واحد منهم عاقدا النية على الاعتداء على فريق المجنى عليه بسبب مضاربة سابقة وقعت بين أفراد الفريقين ، وتنفيذا لهذا الغرض ضرب كل من المتهمين ، بحضور الآخر وعلى رأى منه ، المجنى عليه المذكور فأحدثا به الإصابات التى أدى بعضها إلى وفاته ، فإن كل منهما يكون مسئولا قانونا عن تعويض الضرر الناشئ عن الضرب الذى أحدثه هو والذى أحدثه زميله بالمجنى عليه وعن نتيجته الاحتمالية وهى الوفاة . وذلك على أساس أن ارتكاب كل منهما فعلته إنما كان بناء على وجود زميله معه ، وهذا الظرف من شأنه أن يشجع كل منهما على الاعتداء الذى كانا متوافقين عليه . وإن فاقضاء عليهما متضامنين بالتعويض المدعى بالحق المدنى عن وفاة المجنى عليه .

(١) الدناصورى والشواربى ص ٤٨١ .

لا مخالفة فيه للقانون ، لأن كلا منهما يعتبر مسئولا من الوجهة المدنية عن الوفاة ولو أن المحكمة لم تستطع تعيين من منهما الذى أحدث الإصابة التى نشأ الموت عنها " .

(طعن رقم ١٣٥ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٢/٣/٢)

٣٦٢- توزيع التعويض على المسئولين :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٦٩ فى عجزها على أن :
وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض " .

ومن ثم فإن الأصل أن تكون المسئولية بين المسئولين بالتساوى ، فإذا كان الفعل الضار صادرا من ثلاثة أشخاص مثلا كان التعويض بينهم مثالثة .

غير أن النص أجاز للقاضى أن يعين نصيب كل منهم فى التعويض ، فلا يكون التعويض بالتساوى بينهم فى هذه الحالة .

ولاشك أن تعيين نصيب كل من المسئولين عن الفعل الضار إنما يكون بنسبة جسامه الخطأ الذى ساهم فيه المسئول فى الضرر الذى لحق المضرور ، وذلك يكون إذا استطاع القاضى تحديد نسبة جسامه الخطأ .

" وهذا النص يتفق ونص المادة ٢١٦ منى التى تقضى بأن :
يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما ،
إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر ، أو زاد فيه " .
والمادة المذكورة واردة فى آثار الالتزام تسرى على المسئولية
التعاقبية والمسئولية التقصيرية على حد سواء^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل فى المسئولية التضامنية عن العمل الضار أن تقسم
المسئولية فى إحداث الضرر إلى حصص متساوية بين الجميع أو
بنسبة خطأ كل منهم " .

(طعن رقم ١٥٢ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢)^(٢)

(١) مذكرة المشروع التمهيدي ص ٥٤٩ .
(٢) ورغم أن المادة (٢١١/١٥٠) من التقنين المدنى القديم كانت تنص على
أن : " إنما يكون التضامن فى الالتزامات الناشئة عن الأحوال الآتية " :
(أى أحوال المسئولية عن العمل الضار الواردة فى المواد ٢١٣/١٥١ ،
٢١٤/١٥٢ و ٢١٥/١٥٣) ولم تتضمن عبارة " إلا إذا عين القاضى
نصيب كل منهم فى التعويض " . إلا أن محكمة النقض ذهبت إلى أن
تقدير حصة كل من اشتركوا فى إحداث الضرر يجب - بحسب الأصل
- أن يكون المناط فيه مبلغ جسامه الخطأ الذى ساهم به .

إذا قضت بأن :

" الأصل أن الضرر المترتب على فعل مضمون ومهدر يسقط فيه ما
يقابل المهدر ويعتبر ما يقابل المضمون ، فينبغى إذن أن يستنزل من
التعويض ما يقابل الفعل الذى ساهم به المضرور فى الضرر ويعتبر
الفعل الذى وقع من الغير " .

(طعن رقم ٨٠ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/١/٢٦)

الشرط الثالث :

أن يكون الضرر الذى أحدثه كل من المسئولين بخطئه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون ، وهو ما يعبر عنه بوحدة الضرر ، فيجب أن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون . فإذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة ، وجاء لص آخر فسرق من السيارة بعض الآلات لم يكن اللصان متضامنين لأن كل منهما أحدث بخطئه ضررا غير الذى أحدثه الآخر .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" إنه وإن كانت المادة ١٥٠ من القانون المدنى قد نصت على أن الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة بالغير هي والمشار إليها

كما قضت محكمة النقض- الدائرة الجنائية - بأن :

" إن المادة ١٥١ من القانون المدنى وإن نصت على إلزام كل من يقع منه فعل ضار بالغير بتعويض الضرر المترتب على فعل إلا أنه إذا كان المضرور قد أخطأ أيضا وساهم هو الآخر بخطئه فى الضرر الذى أصابه يجب أن يراعى فى تقدير مبلغ التعويض المستحق له ، فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير . لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئا عن خطأين : خطئه هو وخطأ غيره - ذلك يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما : وبناء على عملية تشبه المقاصة لا يكون الغير ملزما إلا بمقدار التعويض المستحق عن كل الضرر منقوصا منه ما يجب أن يتحملة المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه " .

(طعن رقم ٤٩٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٥/٤/٢)

بالمادة ١٥١ من القانون المذكور تكون بالتضامن بين الملتزمين ،
ثم إنه إن جاز القول بأن الالتزام على هذا النحو يكون مستقادا ،
بدون نص صريح عنه ، من الحكم الصادر على عدة أشخاص
بارتكابهم الفعل الذى نشأ عنه الالتزام ، كما إذا قضى فى حكم
واحد. بإدانة عدة متهمين - فاعلين كانوا أو شركاء - فى جريمة
واحدة ، أى عن فعل واحد نشأ عنه ضرر واحد هو المطلوب
تعويضه للمجنى عليه - إن كان ذلك وإن جاز هذا فإن التضامن
لايجوز القول به عند اختلاف الجرائم أو الأفعال التى وقعت من
المحكوم عليهم كلهم أو بعضهم ولو كانوا قد أدينوا بمقتضى حكم
واحد. لأن التضامن هنا يقتضى لإرجاعه إلى النص القانونى الذى
يستند إليه بيان الوقائع والأسباب التى يستدل بها على مشاركة
المحكوم عليهم فى الضرر الواحد الذى يطلب المضرور ممن
تسببوا به تعويضه عنه ، مما يجب معه ، للقول به ، أن يتعرض
الحكم فى صراحة لهذه الوقائع والأسباب ليربط حكم القانون فى
الدعوى بواقعتها . وإن فإذا كان الحكم ليس فيه نص على
التضامن ، وكانت الواقعة ، كما هى ثابتة به ، ليس فيها بذاتها ،
يقتضى القول بذلك التضامن ، فإنه لايصح اعتبار هذا الحكم ملزما
للمدينين المحكوم عليهم فيه بالتضامن بينهم " .

(طعن رقم ١٤٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٥/١/١٥)

ولا يشترط لقيام التضامن بين المسؤولين أن يكون ثمة تدبير أو اتفاق سابق بين المسؤولين^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" إذا تعدد المتهمون وثبت بالحكم أن أولهم قد ارتكب جنائية الضرب المفضى إلى الموت وأن تهمة باقئهم جنحة الضرب وحكمت المحكمة عليهم جميعا بالتعويض المدنى بالتضامن كان الحكم صحيحا مادام قد ثبت فى الحكم وجود الاتحاد والتطابق فى الإرادات على التعدى صراحة أو استنتاجا من بيان الحكم . ولا يصح الطعن فى الحكم برغم أن المتهم الأول هو المسئول وحده عن التعويض لأنه المدان فى جنائية الضرب المفضى إلى الموت . ذلك لأن نصوص القانون الجنائى إذا كانت لا تسمح باعتبار الشخص مسئولا عن فعل غيره إلا إذا كان فاعلا أصليا معه أو شريكا له فإن قواعد المسؤولية المدنية أوسع نطاقا من هذا لأنه يكفى فيها أن تكون إرادة الشخص طابقت إرادة الفاعل الأصلى ولو فى لحظة ارتكابه الجريمة وأن يكون قد وقع فيه من الأفعال ما هو من نوع فعل ذلك الفاعل الأصلى حتى يعتبر معادلا له فى المسؤولية المدنية وإن لم يعاقبه القانون الجنائى إلا على فعله فقط

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٤٤٩ - السنهوري ص ٧٨٠ .

ولم يعتبره شريكا لذلك الفاعل الأصلي . وهذه المسؤولية المدنية المساوية للمسؤولية المدنية الواقعة على فاعل الجريمة أساسها مجرد تطابق الإرادات - ولو فجأة- على الإيذاء بنوع الفعل غير المشروع الذى حدث كنوع الضرب مثلا . فمهما حصل من التفريق فى الجرائم الناشئة عن هذا النوع من الفعل بسبب إفضاء بعض الضربات إلى الموت أو إلى عاهة مستديمة أو إلى عجز عن العمل لأزيد من عشرين يوما ، ومهما حصل بناء على ذلك من التفريق بين الضاربين فى المسؤولية الجنائية لتطبيق ما وقع من كل منهم على نص خاص من نصوص القانون فإن المسؤولية المدنية تعم كل المتدخلين فى الضرب الذى أرادوه وافترضوا بعضه ، قل هذا البعض فى نظر القانون الجنائى أو جل ، وسبب عمومته هو مجرد توافق إرادتهم على الإيذاء بالضرب ومضيههم فى تنفيذ إرادتهم فعلا . ومادامت هذه المسؤولية عامة فهى مسئولية يتضامن فيها الجميع بنص المادة ١٥٠ من القانون المدنى ، ومن المتعين على القاضى إذا حكم بالتضامن أن يذكر فى حكمه وجود ذلك الاتحاد والتطابق فى الإرادات على التعدى أو يكون حكمه فى مجموعه مظهرا لذلك " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٤٨ قى جلسة ١٩٣٠/١٢/٢٥)

٢- " إذا كانت نصوص القانون الجنائي لا تسمح باعتبار الشخص مسئولا عن فعل غيره إلا إذا كان فاعلا أصليا معه للجريمة أو شريكا له فيها ، فإن قواعد المسؤولية المدنية تسمح بأن يكتفى فيها بأن تكون إرادة الشخص قد طابقت إرادة الفاعل الأصلي ولو في لحظة ارتكابه الجريمة ، ولن يكون قد وقع منه من الأفعال ما هو من نوع فعل ذلك الفاعل الأصلي حتى يعتبر نظيرا معادلا له في المسؤولية المدنية وإن لم يعاقبه القانون الجنائي إلا على فعله فقط ، وأساس هذه المسؤولية المدنية مجرد تطابق الإرادات - ولو فجأة - على الإيذاء بنوع الفعل غير المشروع الذى حدث " .

(طعن رقم ٨٠٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٣١/٣/٢٩)

٣- " القضاء على المسئولين عن الحقوق المدنية بالتضامن لا يقتضى اتفاقا سابقا بين المتهمين على الإجرام بل ولا يقتضى توافق المتهمين على التعدى والإيذاء . ويكفى لترتب التضامن أن تتحد إرادة الفاعلين مجرد اتحاد وقتى على الاعتداء على المجنى عليهم ، وأن يقارف كل منهم هذا الاعتداء فعلا أو يشترك فيه " .

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/٦/١١)

٤- " إن أساس المسؤولية فى الدعوى المدنية يختلف عنه فى الدعوى الجنائية. فإذا كانت المحكمة لم تر مساعلة للمتهمين مدنيا عن الضربة التى أحدثت الوفاة ، والتى لم يعرف مرتكبها على وجه التحديد ، فإن مسئوليتيهما مقررة قبل المجنى عليه نفسه عن

الضرر المادى الذى أصابه من الضربة الأخرى التى ثبتت فى حقهما أخذا بالقدر المتيقن .

(طعن رقم ١١٩٥ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٥٤)

٥- " التضامن فى التعويض بين الفاعلين الذين أسهموا فى إحداث الضرر واجب بنص القانون مادام قد ثبت اتحاد الفكرة والإرادة لديهم وقت الحادث على إيقاع الضرب بالمجنى عليه ولو دين أحدهم بتهمة الضرب الذى تخلفت عنه عاهة ودين الآخرون بتهمة الضرب والجرح فقط .

(طعن رقم ٨٦٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ٢٩/١٠/١٩٥٦)

٦- " من المقرر أن التضامن فى التعويض بين الفاعلين الذين أسهموا فى إحداث الضرر واجب بنص القانون ، مادام قد ثبت اتحاد الفكرة والإرادة لديهم وقت الحادث على إيقاع الضرب بالمجنى عليه ولو دين أحدهم بتهمة الضرب المفضى للموت ودين الآخرون بتهمة الضرب والجرح فقط .

(طعن رقم ٧١٦ لسنة ٣٧ ق جلسة ٢٩/٥/١٩٦٧)

٧- تعدد الأخطاء الموجبة لوقوع الحادث يوجب مساءلة كل من أسهم فيها أيا كان قدر الخطأ المنسوب إليه ، يستوى فى ذلك أن يكون سببا مباشرا أو غير مباشر فى حصوله .

(طعن رقم ١٩٧٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ٣/٢/١٩٦٩)

ولا يشترط أن يكون الأخطاء جريمة واحدة .

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- "من يشتري المسروق مع علمه بحقيقة الأمر فيه يكون مسئولا مع السارق بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذى أصاب المجنى عليه ولو أنه يعد فى القانون مخفيا لا سارقا . وذلك على أساس أن كلا منهما قد عمل على احتجاز المال المسروق عن صاحبه " .

(طعن رقم ١٨٥٠ لسنة ١٢ ق جلسة ١٦/١١/١٩٤٢)

٢- " إن القانون لا يشترط فى الحكم بالتضامن على المسئولين عن التعويض أن يكونوا قد ساهموا فى الجريمة الواحدة بصفة فاعلين أو شركاء ، أو بعبارة أخرى أن يكون الخطأ الذى وقع منهم واحدا ، بل يكفى أن يكون قد وقع من كل منهم خطأ متى كانت أخطاؤهم مجتمعة قد سببت للمضرور ضررا واحدا ولو كانت لم تقع فى وقت واحد . وإن فساد الخطأ الذى يقع من السارق بفعل السرقة يتلاقى فى نتيجته مع الخطأ الذى يقع ممن يخفى المسروق بالنسبة للمال الذى وقع عليه فعل الإخفاء من حيث الضرر الذى يصيب المضرور بحرمانه من ماله فإن الحكم إذا ألزم المخفى لكل ما سرق بأن يدفع مبلغ التعويض بالتضامن مع السارق يكون قد أصاب ولم يخطئ فى شئ " .

(طعن رقم ١٣٣٨ لسنة ١٣ ق جلسة ٢٤/٥/١٩٤٣)

وقد يكون أحد الخطأين جنائية قتل والآخر جنحة ضرب ، فلا

يمنع من التضامن .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" للمحكمة إذا تعدد المتهمون واختلفت مسؤولياتهم الجنائية أن تحكم عليهم متضامنين بالتعويض المدني، لأن اتحاد الفكرة والإرادة لدى أشخاص على التعدي وإيقاع الأذى يجعلهم مسئولين متضامنين مدنيا عن نتائج أفعالهم ولو اختلفت مسؤولياتهم الجنائية " .

(طعن رقم ٦٠٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٣١/٢/١٥)

وإذا توافر في حق المتهمين ظرف سبق الإصرار واعتدوا على المجنى عليه وأزهقوا روحه دون أن يعلم من منهم الذي قتل ، فإن مسئوليتهم بالتضامن تكون قائمة .

٣٦٣- يجب طلب القضاء بالتضامن :

يجب أن يطلب المدعى إلزام المدعى عليهم بالتضامن ، ولا يكفي مجرد الإشارة بصحيفة الدعوى إلى أن المسؤولية بينهم بالتضامن عملا بالمادة ١٦٩ مدني .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" العبرة في تحديد طلبات الخصم هي بما يطلب الحكم له به . وإذا كانت الشركة المطعون عليها الأولى لم تطلب الحكم على الطاعن والمطعون ضده الثاني بالتضامن ، وإنما أشارت في صحيفة افتتاح الدعوى إلى أن مسئوليتهما تضامنية، فإن الحكم

المطعون فيه إذ قضى رغم ذلك بالتضامن تأسيسا على أن المطعون عليها الأولى طلبت الحكم به فى صلب الصحيفة ، يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢١٨ لسنة ٣٨ قى جلسة ١٩٧٤/٢/٢١)

٣٦٤- هل يجب أن ينص الحكم فى منطوقه على التضامن ؟

ذهبت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٤٥/١/١٥ فى الطعن رقم ١٤٨ لسنة ١٥ ق إلى أن الالتزام بالتضامن يكون مستقادا دون نص. صريح عنه، إذا كان الحكم قد صدر ضد عدة أشخاص بارتكابهم الفعل الذى نشأ عنه الالتزام .

إذ جرى قضاؤها على أن :

(أ) - " إنه وإن كانت المادة ١٥٠ من القانون المدنى قد نصت على أن الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة بالغير والمشار إليها بالمادة ١٥١ من القانون المذكور تكون بالتضامن بين الملتزمين ، ثم إنه إن جاز القول بأن الالتزام على هذا النحو يكون مستقادا ، بدون نص صريح عنه ، من الحكم الصادر على عدة أشخاص بارتكابهم الفعل الذى نشأ عنه الالتزام ، كما إذا قضى فى حكم واحد بإدانة عدة متهمين - فاعلين كانوا أو شركاء فى جريمة واحدة ، أى عن فعل واحد نشأ عنه ضرر واحد هو المطلوب

تعويضه للمجنى عليه - إن كان ذلك وإن جاز هذا، فإن التضامن لايجوز القول به عند اختلاف الجرائم أو الأفعال ... الخ".

(ب) - " إذا حكم على عدة أشخاص بمبلغ معين ولم يكونوا بمقتضى الحكم ملزمين بالتضامن بينهم للمحكوم له ، فإنه لا تجوز مطالبة أى منهم بكل المحكوم به بل يطالب فقط بنصيبه فيه . وتحديد هذا النصيب ، مادام غير منصوص عليه فى الحكم ولا واضح من ثناياه ، يكون مناطه عدد المحكوم عليهم اعتبارا بأن هذا هو الذى قصدت إليه المحكمة فى حكمها ، فيقسم المبلغ المحكوم به على عدد المحكوم عليهم ويكون خارج القسمة هو مالا تجوز مطالبة كل من المحكوم عليهم بأكثر منه " .

٣٦٥- التضامن والتضام :

يجمع بين التضامن والتضام (المسؤولية الم جمعة) هو أنه يوجد فى كل من الالتزامين مدينون متعددون ، وأن كلا من هؤلاء المدينين مسئول عن كل الدين فى مواجهة الدائن ، إلا أنه مع ذلك هناك اختلاف واضح بينهما من حيث المصدر .

فالالتزام التضامنى يقتضى وحدة المصدر بمعنى أن جميع المسئولين مصدر التزام كل منهم هو الفعل غير المشروع سواء كان خطأ ثابتا أو خطأ مفترضا .

فمصدر التزامهم إذن هو مصدر واحد .

أما في التضام ، فإن مصدر الدين يتعدد مع بقاء الدين واحدا .
مثال ذلك أن يتعاقد عامل فني مع صاحب مصنع على أن يعمل
في مصنعه مدة معينة فأخل بتعهدده وتركه قبل انقضاء المدة ليعمل
في مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه فإن العامل وصاحب
المصنع المنافس مسئولان معا عن تعويض كامل ، ذلك أن العامل
مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى وصاحب
المصنع المنافس مسئول أيضا عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ
تقصيريا جعله مسئولا فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض ضرر
واحد تعويضا كاملا (١).

وفي عقد التأمين على المسؤولية ، نجد أن للمضروب مدنيين ،
شركة التأمين والمؤمن له المسئول ، فيستطيع المضروب أن يرجع
على أى منهما ليطالبه بالتعويض عن الضرر ، فإذا أوفى أحدهما
بالالتزام وبالتعويض برئت ذمة الآخر .

٣٦٦- آثار التضام :

١- في الالتزام التضامى يجوز للدائن أن يرجع على أى من
المدنيين ليطالبه بالدين كله ، ويكون الوفاء الذى يتم من أحدهم
مبرئا لذمة الآخرين ، كما هو الشأن في الالتزام التضامنى .

(١) المنهوى ص ٧٨٢ - الناصورى والشولزى ص ٥٠٤ .

٢- لايجوز للمضرور أن يجمع بين أكثر من تعويض من الدائنين المتضاممين. فإذا استوفاه من أحدهم امتنع عليه مطالبة الباقين به .

٣- أنه لايتحتم في كافة الأحوال أن يرجع المدين المتضام الذى لوفى بالدين على باقى المدينين ، وإنما يتوقف ذلك على طبيعة كل حالة من حالات التضامم على حدة . فشركة التأمين إذا ما دفعت التعويض المستحق للمضرور طبقا لعقد التأمين ليس لها أن ترجع بعد ذلك على مالك السيارة المؤمن له لتطالبه بهذا المبلغ . أما فى الالتزام التضامنى فإن الدين ينقسم على المدينين ، ويكون لمن وفى منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين ، كل بقدر حصته .

٤- إن مركز المدين المتضام أسوأ من مركز المدين المتضامن ، ويرجع ذلك إلى أن الآثار القانونية مقررة لمصلحة المدينين المتضامنين لا لمصلحة الدائن. ولذلك فهي قاصرة على ما ينفع المدينين فقط دون ما يضرهم .

ومظاهر ذلك ما يأتى :

(أ)- إذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو إبراء نتمته منه بأى وسيلة أخرى استفاد منه الباقون . أما إذا كن من شأن هذا الصلح أن يرتب فى نتمته

انتراما أو يزيد عما هم ملتزمون به فإنه لاينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه (مادة ٢٩٤ مدنى) .

(ب) - إذا أقر أحد المسئولين بالتضامن بالدين فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقيين، وإذا نكل أحد المسئولين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقى المسئولين .

وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف فإن المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥ مدنى) .

(ج) - إذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم استقاة منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمسئول الذى صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦ مدنى) .

(د) - إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المسئولين المتضامنين فلا يجوز لدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المسئولين (م ٢/٢٩٢ مدنى) .

(هـ) - إذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك من أثر بالنسبة إلى باقى المسئولين ، أما إذا أعذر

لحد المسئولين المتضامنين للدائن فإن باقى المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢/٢٩٣ منى) ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مقتضى التضام نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحدا أنه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ولأنه إنما دفع عن نفسه " .

(طعن رقم ٢٤٧ لسنة ٣٠ قى جلسة ١٩٦٧/١١/٢١)

٢- " لما كان الحكم الابتدائى - المؤيد بالحكم المطعون فيه - قد أورد فى أسبابه "أن مسئولية المطعون ضده السابع تستند إلى قواعد المسئولية الشئئية بينما مسئولية الطاعن مصدرها للقانون ومن ثم فإنه رغم أنهما مدينان بدين واحد إلا أنهما غير متضامنين فيه بل هما مسئولان عنه بالتضامن وذلك لما يقتضيه التضامن من وحدة مصدر الالتزام " فإن قصد الحكم حسبما تـؤدى إليه هذه الأسباب - هو إلزام الطاعنة والمطعون ضده السابع بالتضامن الذى يقوم إذا ما كان المحل واحدا وتعددت مصادر الالتزام ، ولا تعدو كلمتا " بالتضامن " الواردة بالأسباب و " متضامنين "

(١) السهنورى ص ٧٨٢ ومابعدا - الناصورى والشولوبى ص ٥٠٥ ومابعدا .

الواردة بالمنطوق أن تكونا خطأ ماديا في الحكم مما لا يشوبه بالخطأ في تطبيق القانون أو بالتناقض . وسبيل تصحيحه هو الرجوع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالطريق للمرسوم بالمادة ١٩١ من قانون المرافعات، دون أن يصلح سببا للطعن فيه بطريق النقض " .

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٣/١/١١)

٣- " إذ استند المطعون ضده الأول في طلباته قبل الطاعن إلى أحكام المسؤولية التقصيرية باعتباره مرتكب الفعل الضار، واستند في طلباته الموجهة إلى المطعون ضده الأخير إلى وثيقة التأمين، فيكون مصدر إلزام كل منهما مختلفا عن مصدر إلزام الآخر ويكونان متضامنين في أداء التعويض ويترتب عليه متى تحققت شروط مسؤولية كل منهما- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون كل منهما مسئولا عن كل الدين ويستطيع الدائن التنفيذ به كله قبل أيهما ، ويتوقف رجوع من يوفى منهما بكامل الدين على الآخر على ما قد يكون بينهما من علاقة".

(طعن رقم ١٩١٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩١/٥/٩)

٤- " إن القانون قد أجاز للمضروب - أو ورثته - الرجوع على المتبوع لاقتضاء التعويض منه باعتباره مسئولا عن أعمال تابعه غير المشروعة طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية وأجاز له في ذات الوقت الرجوع مباشرة على شركة التأمين لاقتضاء هذا

التعويض منها باعتبار أن السيارة مرتكبه الحادث مؤمن عليها لديها وثبتت مسئولية قائدها عن الضرر وبذلك يصبح للمضرور مدينين بالتعويض المستحق له وكلاهما مدين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضامم نمتهما في هذا الدين دون أن تتضامن إذ الالتزام التضامنى يقتضى وحدة المصدر وأن كلا منهما ملزم فى مواجهة المضرور بالدين كاملا غير منقسم وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهما على أفراد أو إليهما مجتمعين وإذا استوفى دينه من أحدهما برئت ذمة الآخر ، وإذا لم يستوف حقه كاملا من أحدهما رجع بالباقي على المدين الآخر ويتوقف رجوع من يوفى منهما بكامل الدين أو بعضه على الآخر على ما قد يكون بينهما من علاقة " .

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/٢/١٨)

مادة (١٧٠)

يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعى فى ذلك الظروف الملائمة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير .

الشرح

٣٦٧- المقصود بالضرر :

(راجع بند ٣١٤) .

٣٦٨- الضرر المادى والضرر الألبى :

تصدت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٢/٢/١٩٩٤ فى الطعن رقم ٣٥١٧ لسنة ٦٢ القضائية (هيئة عامة)، لتعريف الضرر المادى والألبى .

فذهبت إلى أن الضرر الألبى يشمل كل ما يؤذى الإنسان فى شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره ، أما ما عدا ذلك من مساس بمصلحة مشروعة للمضرور فى شخصه أو فى ماله إما بالإخلال بحق ثابت يكفله القانون أو بمصلحة مالية فإنه يتوافر بمجرد الضرر المادى ، ولما كان حق الإنسان فى الحياة

وسلامة جسمه من الحقوق التي كفلها للدستور والقانون وجرم التعدي عليه، فإن المساس بسلامة الجسم بأى أذى من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوافر به الضرر المادى ^(١).

(١) وبعد هذا الحكم عدولا عما جاء بالأحكام الصادرة من الدائرة المدنية بمحكمة النقض فى الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٠ ق بجلسة ١٩٨٤/٣/٢٨، وفى الطعن رقم ١٦٦٦ لسنة ٥٦ ق بجلسة ١٩٩٢/٤/١٦ وفى الطعن رقم ٧٢٥ لسنة ٥٩ ق من أن الضرر المادى يقتصر على المساس بمصلحة مالية للمضروب وهو لا يتحقق فى حالة الإصابة ما لم تخل بقدرة المضروب على الكسب وتكبده نفقات علاج . ولكنه يتفق مع قضاء الدائرة المدنية بمحكمة النقض الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٢/١٧ فى الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ من أن : " إذا تسببت وفاة المجنى عليه عن فعل ضار من الغير فلن هذا الفعل لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت كما يسبق كل سبب نتيجته وفى هذه اللحظة يكون المجنى عليه مازال أهلا لكسب الحقوق ومن بينها حقه فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر ويتقادم . ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فلن ورثته يتلقونه عنه فى تركته ويحق لهم بالتالى مطالبة المسئول بجبر الضرر المادى الذى سببه لمورثهم لا من الجروح التى أحدثها به فحسب وإنما أيضا من الموت الذى أتت إليه هذه الجروح من مضاعفاتها . ولئن كان الموت حقا على كل إنسان إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضررا ماديا محققا إذ يترتب عليه فوق الآلام الجسيمة التى تصاحبه حرمان المجنى عليه من الحياة وهى أغلى ما يمتلكه الإنسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره والقول بامتناع الحق فى

فقد جاء بهذا الحكم ما يلي :

" وحيث إن النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القانون المتقبي على أن " يشمل التعويض للضرر الأدبي أيضا . ولكن لايجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء -" وما ورد بالمشكرة الإيضاحية من أنه " استقر في العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام بعد أن زال ما خامر الأذهان من عوامل التردد في هذا الصدد " يدل على أن المشرع

التعويض على المجنى عليه الذى يموت عقب الإصابة مباشرة وتجوز هذا الحق لمن يبقى حيا مدة بعد الإصابة يودى إلى نتيجة يأبأها العقل والقانون هي جعل الجاني الذى يقسو في اعتدائه حتى يجهز على ضحيته فوراً في مركز يفضل مركز الجاني الذى يقل عنه قسوة وإجراما فيصيب المجنى عليه بأذى دون الموت وفي ذلك تحريض للجنة على أن يجهزوا على المجنى عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم التعويض " .

(طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧)

وما ذهب إلى الهيئة العامة يخالف أيضا ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه من أن للضرر المادى ينحصر في الإخلال بحق ثابت أو مصلحة مالية للمضرور أى الضرر الذى يسبب للمضرور خسارة مالية (السنهوري ص ٧١٤- محمود جمال الدين زكى في الوجيز ص ٢٦٤- الدناصورى والشواربى ص ١٥٧ - عبد المنعم الصده ٤٨٨ وما بعدها) .

استهدف بهذا النص وجوب التعويض عن الأضرار الأبدية التى تشمل كل ما يؤذى الإنسان فى شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره أما ما عدا ذلك من مساس بمصلحة مشروعة للمضرور فى شخصه أو فى ماله إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصلحة مالية له فإن يتوافر بمجرد الضرر المادى ، وكان حق الإنسان فى الحياة وسلامة جسمه من الحقوق التى كفلها الدستور والقانون وجرم التعدى عليه ومن ثم فإن المساس بسلامة الجسم بأى لذى من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوافر به الضرر المادى - لما كان ذلك وكانت الأحكام الصادرة بجلسة ١٩٨٤/٣/٢٨ فى الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٠م و بجلسة ١٩٩٢/٤/١٦ فى الطعن رقم ١٦٦٦ لسنة ٥٦م و بجلسة ١٩٩٣/٤/٢٩ فى الطعن ٧٣٥ لسنة ٥٩ ق قد خالفت هذا النظر و جرت فى قضائها على أن الضرر المادى يقتصر على المساس بمصلحة مالية للمضرور وهو لا يتحقق فى حالة الإصابة ما لم تخل بقدرة المضرور على الكسب أو تكبده نفقات علاج بما يقتضى العدول عن هذا المبدأ وذلك بالأغلبية المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية .

وحيث إنه إعمالا لتلك الفقرة التى ناطت بالهيئة الفصل فى الطعن المحال إليها فإنه يتعين الفصل فى هذا الطعن .

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الطعن اقيم على سببين ينعى الطاعن بالأول منهما على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب وفي بيان ذلك يقول إنما تمسك في صحيفة الاستئناف أن الحكم الابتدائي أخطأ في تطبيق القانون إذ قضى للمطعون ضدهم بتعويض موروث عن الضرر المادى بالرغم من أن أفعال التعذيب لا تكفى وحدها لتحقيق هذا الضرر ما لم تؤد إلى وفاة المصاب كما قضى لهم بتعويض عن الضرر الأبدى لما أصابهم من ألم من جراء تعذيب مورثهم في حين أن الحق في التعويض عن هذا الضرر مقصور على الألم الناشئ من جراء موت المصاب وإذا أغفل الحكم المطعون فيه هذا الدفاع فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى مردود . ذلك أنه لما كان المساس بسلامة الجسم يتوافر بمجرد قيام الضرر المادى على النحو السالف بيانه وكان الأصل في التعويض عن الضرر المادى أنه إذا ثبت الحق فيه للمضرور فإنه ينتقل إلى ورثته ويستطيع الوارث أن يطالب بالتعويض الذى كان لمورثه أن يطالب به لو بقى حيا وكان النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القانون المدنى على أن " يشمل التعويض الضرر الأبدى أيضا ... " وفى الفقرة الثانية على أنه " ومع ذلك لايجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة

الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب " يدل على أن المشرع أجاز تعويض الضرر الأدبي بالمعنى السابق بيانه دون تخصيص ثم قيد هذا الحق من حيث مستحقه فقصره في حالة الوفاة على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، وهو تحديد لأشخاص من يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبي وليس تحديداً لحالات وأسباب استحقاقه، وهو ما ينطبق بدوره - ومن باب أولى - في تحديد المستحقين للتعويض عن هذا الضرر في حالة الإصابة ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتعويض للمطعون ضدهم عن الضرر المادى الموروث والضرر الأدبي الشخصى الذى أصاب المطعون ضدهم عدا الأولى ، ومن ثم فإن دفاع الطاعن الوارد بسبب النعى لا يكون مستندا إلى أساس قانونى سليم فلا على الحكم المطعون فيه إن أغفل الرد عليه ويضحي النعى على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه إذ قضى للمطعون ضدهم الثلاثة الأخيرين بتعويض موروث عن الضرر الأدبي الذى أصاب مورثهم رغم أنه لم يكن قد تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به أمام القضاء بما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى غير مقبول ، ذلك أن البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه قضى للمطعون ضدهم الثلاثة الأخيرين بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى حاق بشخص كل منهم نتيجة تعذيب شقيقهم ولم يقض لهم بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى أصاب مورثهم فيكون النعى بهذا السبب قد ورد على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه ومن ثم غير مقبول " .

وعلى ذلك فإنه يدخل فى الضرر المادى ما يأتى :

١- الاعتداء على حق الإنسان فى سلامة جسمه وإحداث جرح به أو إتلاف عضو منه أو إصابة العقل بأذى . بل ويتحقق الضرر المادى ولو لم يحدث بالمتخصص ثمة إصابة ، أو لم يتسبب الاعتداء فى إعاقته عن عمله ، أو تكبده ثمة نفقات فى سبيل العلاج منه ، أو إذا عولج منه بمستشفى مجانى .

وإذا كان الاعتداء قد سبب للشخص إعاقة عن عمله ففوت عليه كسبا ، أو كبده نفقات فى سبيل علاج ما ألم به من إصابات ، فإن الكسب الفائت والنفقات التى تكبدها الشخص تضاف إلى التعويض المادى .

ومن باب أولى يكون الضرر ماديا إذا أخل بحق الإنسان فى الحياة بقتله، إذ أن هذا يعدم الحياة ، وليس هناك ضرر أبلى من ذلك .

٢- التعدى على الملك كحرق منزل لآخر أو تخريب زراعته أو إتلاف ماله .

٣- الاعتداء على حق شخص فى الانتفاع بشئ أو على حقه فيما قام به من إنتاج علمى أو فنى إلى غير ذلك مما يعتبر إخلالا بحق عيى أو شخصى أو معنوى، إذ أن هذا يحد من المزايا المالية التى تتوافر للشخص بموجب هذه الحقوق ^(١).

٤- كل مساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأى ، كحبس شخص دون وجه حق أو منعه من السفر إلى جهة معينة ^(٢).

٥- قتل العائل لشخص آخر .

٦- تقويت الفرصة .

ومنعرض للحالتين الأخيرتين تفصيلا فيما بعد .

ويدخل فى الضرر الألبى ما يأتى :

١- الضرر الذى يصيب الشخص فى شرفه واعتباره ، كالقذف والسب وهتك العرض .

٢- الضرر الذى يصيب العاطفة والشعور والحنان كالحزن الذى يعتري شخص من قتل والده أو والدته ، والحزن والأسى الذى يصيب الوالدين من انتزاع طفلهما منهما .

(١) المنهوى ص ٧١٤ - عبد المنعم الصده ص ٤٨٨ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٣١ .

٣- كل عمل يصيب الشخص في معتقده الدينية وشعوره الأبدى كأن يتسبب شخص بخطئه في منع جماعة دينية من الصلاة بقطع المياه عنها .

(أنظر في التعويض عن الضرر الأبدى المجلد الرابع شرح المادة ٢٢٢) .

٣٦٩- يشترط أن يكون الضرر محققا :

يشترط أن يكون الضرر محقق الوقوع ، ويتوفر ذلك إذا كان الضرر حالا أى وقع فعلا ، كان يكون المضرور قد مات أو اعتدى على جسمه أو حصل تلف فى ماله .

ويتوفر ذلك أيضا إذا كان الضرر مستقبلا أى أنه لم يقع فى الحال ولكنه محقق الوقوع فى المستقبل .

والضرر المستقبل تقوم أسبابه فى الحال وتتراخى آثاره إلى المستقبل . كان يصاب شخص بإصابة تعجزه عن العمل فى الحال . فإن الإصابة فى ذاتها محققة ولكن الخسارة المالية التى تصيب هذا الشخص من جراء عجزه عن الكسب ، وهى تشمل كل ما كان سيربحه من عمله فى مستقبل حياته يعتبر أكثرها ضررا مستقبلا .

ومثل ذلك أيضا الحروق الحادثة من الأشعة والتسى تبدو أول الأمر هينة ثم تتمحض عن ضرر جسيم فى المستقبل .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت - في حدود سلطتها التقديرية - إلى أن هدم المبنى أمر محتّم ولا محيص من وقوعه ، فإنها إذ قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على أساس وقوع هذا الهدم ، لا تكون قد قدرته عن ضرر احتمالي وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

ويجب التمييز بين الضرر المستقبل محقق الوقوع والضرر المحتمل . فالضرر المحتمل هو ضرر لم يقع فعلا ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع . وإنما يحتمل وقوعه وعدم وقوعه ، وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفا ، وقد تبلغ من الضعف حدا يعتبر وهما . وهو على أى حال لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية ولا تقوم هذه المسؤولية إلا بعد أن يتحقق فعلا . ومثل ذلك ضرب الحامل على بطنها ضربا يحتمل معه إجهاضها أو عدمه فإنه لايجز لها المطالبة سلفا بتعويض عن الإجهاض مادام أنه لم يقع ولم يتأكد أنه سيقع . أما بعد أن يقع الإجهاض فإن الضرر يصبح ضررا حالا واجب التعويض .

ومثل ذلك أيضا أن يمزق شخص أو يحرق ورقة نصيب مملوكة لآخر وثابتا رقمها ، فلا يمكن القول بأنه بمجرد ذلك أفقده قيمة الجائزة الأولى المخصصة لهذا النصيب لأن هذا الضرر ضرر احتمالي يتوقف تحققه أو عدمه على نتيجة السحب، فإن ربحت ورقته في السحب كان الضرر محققا وإلا لتفنى وجوده أصلا^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا يعيب الحكم أنه فيما قرر استبعاده من عناصر الضرر لم يدخل في اعتباره حرمان الطاعن من مكافآت الدروس الخصوصية والندب للمراقبة في الامتحانات - طالما أن نظره في هذا الخصوص بنى كما هو مفهوم من أسبابه على أن الضرر الذي يدعيه الطاعن في هذا الصدد هو ضرر احتمالي وليس بضرر محقق الوقوع " .

(طعن رقم ٢٩٩ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣)

٢- " إن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضررا بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتما أما الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع فإن التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه بالتعويض ضدهم على

(١) سليمان مرقس ص ١٣٢ وما بعدها .

أساس أن الطاعن مازال تحت يده حكم المديونية - رغم الوفاء- ويستطيع التنفيذ به على أموالهم إذا وجد لديهم ما يمكن التنفيذ عليه وكان ذلك التنفيذ الذى جعله للحكم مناطا للضرر المحكوم بالتعويض عنه غير محقق الحصول فإن الضرر الناشئ عنه يكون ضررا احتماليا لا يصح التعويض عنه وبالتالي فإن قضاء الحكم بالتعويض عن هذا الضرر يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٣/٥/١٩٦٥)

٣٧٠- التعويض فى المسؤولية التقصيرية يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع :

أنظر المجلد الرابع شرح المادة (٢٢١) .

٣٧١- الإخلال بحق ثابت للمضرور :

أحيانا يصيب الضرر شخصا آخر نتيجة لإصابة المضرور . فالقتل ضرر يصيب المقتول فى حياته ، ثم هو تبعاً لذلك يؤدى إلى ضرر يصيب أولاد المقتول وزوجته بحرمانهم من الشخص الذى يعولهم . فهم يصابون فى حق ثابت لهم هو حقهم فى النفقة وهذا ضرر مستقل عن الضرر الذى يصيب المقتول نفسه . ولهذا إذا ثبت أن المقتول لم يكن يعولهم فلا ينشأ لهم حق شخصى فى التعويض عن ضرر مادى.

وإنما يقتصر ما يطالبون به من تعويض عن الضرر المادى على ما أصاب المقتول نفسه ، إذ أن حق المقتول فى هذا التعويض ينتقل إلى الورثة (١).

وقد يكون المضرور تبعاً دائناً للمصاب لا بنفقة ولكن بحق آخر ، فالإخلال بهذا الحق يعتبر ضرراً بالتبعية .

مثل ذلك دائن يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصى ، وقد قتل المدين ، فللدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء فقد مدينه وفوات الفرصة عليه فى تنفيذ العمل . أما إذا كان الدائن يستطيع أن يحصل على حقه من غير تدخل المدين ، فلا يكون ثمة ضرر ، ذلك أن التركة إذا كانت موسرة استطاع الدائن أن يتقاضى منها حقه ، وإذا كانت معسرة فقد ثبت أن المدين كان معسراً قبل موته ولم يحدث للدائن ضرر بالموت (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه فى المستقبل حتمياً والعبرة فى تحقق الضرر المادى

(١) السهورى ص ٧١٤ ومابعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٢٦٤ .

(٢) السهورى ص ٧١٦ .

للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته ويقضى بالتعويض على هذا الأساس . لما كان ذلك وكانت الطاعة قد تمسكت فى صحيفة استئنافها بعدم استحقاق المطعون ضدهم لثمة تعويض عن الضرر المادى على ما ذهبت إليه من أنهم بلغوا - وقت وفاة مورثهم - سن الرشد ، يعولون أنفسهم ولا يباشر المورث شيئا من ذلك ، وإذ اطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع استنادا إلى ما ورد بأسباب الحكم المستأنف فى هذا الشأن من أن الثابت بمستندات الدعوى وإعلام الوراثة المرفق بها انفراد المجنى عليه - المورث - بالإعالة والإنفاق على نحو مستمر بحسبان أن الأصل فى نفقتهم أنها واجبة عليه شرعا فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذه الوجهة من النظر ورد على دفاع الطاعة فإنه لا يكون قد واجه دفاعها ولا يصلح ردا عليه ... الخ " .

(طعن رقم ٥٠٥٤ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠)

٢٧٢ - التعويض عن الضرر الموروث :

إذا تسبب الغير بخطئه فى إصابة المضرور ثم توفى المضرور نتيجة لذلك ، فإن هذا الخطأ لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة ،

ويكون المضرور في هذه اللحظة أهلاً لكسب حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم . وهذا الضرر ، ضرر مادي إذ يترتب عليه علاوة على ما يصاحبه من آلام حرمانه من الحياة في فترة كان يمكن أن يعيشها لو لم يعجل المسئول عن الضرر بوفاته .

ومن ثم فإن هذا التعويض ينتقل بعد وفاته إلى ورثته ، ويوزع على الورثة طبقاً للفريضة الشرعية . وهذا التعويض يطلق عليه (التعويض الموروث) .

والتعويض الموروث يأخذ حكم سائر موجودات التركة ويقسم بين الورثة كل منهم حسب نصيبه الشرعي ، سواء منهم من ارتد عليه ضرر شخصي نتيجة للضرر الذي وقع على المورث الأصلي ومن لم يرتد عليه أي ضرر . وغاية الأمر أن من ارتد عليه ضرر شخصي يثبت له ، فوق حقه الموروث في التعويض الذي نشأ في ذمة مورثه ، حق خاص ينشأ في ذمته هو مقابل ما أصابه من ضرر شخصي . فيجمع في هذه الحالة بين الحقين ويطالب بالتعويض لأنهما عن ضررين متميزين لا تتنافى المطالبة بتعويض أحدهما مع المطالبة بتعويض الآخر . فإذا كان المورث الذي مات بسبب الفعل الضار يعول واحداً فقط من ورثته ، كزوجته ، دون الآخرين كأولاده الذين بلغوا رشدهم واستقلوا بمعيشتهم فإنه يثبت

للوارث المعول حق شخصي في التعويض خاص به ، فوق حقه الموروث في التعويض الذي نشأ في نمة مورثه والذي يشاركه فيه سائر الورثة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا تسببت وفاة المضرور عن فعل ضار من الغير فإن هذا الفعل لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة ، ويكون المضرور في هذه اللحظة أهلاً لكسب حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم . ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته ، فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته ، ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر المادي الذي سببه لمورثهم الموت الذي أدى إليه الفعل الضار باعتباره من مضاعفاته .

وإذا كان الموت حقا على كل إنسان إلا أن التعجيل به بفعل الغير عن عمد أو خطأ يلحق بالمضرور ضررا ماديا محققا ، إذ يترتب عليه علاوة على ما يصاحبه من آلام حرمانه من الحياة في فترة كان يمكن أن يعيشها لو لم يعجل المسئول عن الضرر بوفاته . وإذا كان الثابت من التقرير الطبي أن فصل مورث الطالبات من

(١) سليمان مرقس ص ١٥٤ .

عمله - فى النيابة العامة - هو الذى أدى إلى ازدياد حالته المرضية سوءا ، وعجل بوفاته ، وكان الفصل ليس له ما يبرره وتم على خلاف أحكام القانون ، فإنه يكون فعلا ضارا تتوافر به أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر . ومن ثم يتعين إلزام المدعى عليهما بما يستحقه المورث من تعويض عما أصابه من ضرر مالى تقدره المحكمة بمبلغ يوزع بين الطالبات طبقا للفريضة الشرعية " .

(الطلب رقم ٤ لسنة ٤٣ ق " رجال القضاء " جلسة ١٩٧٤/٣/٧)

٢- " إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال فإن الضرر المادى يكون قد حاق به عند وفاته متمثلا فى حرمانه من الحياة وينتقل الحق فى جبره تعويضا إلى ورثته " .

(طعن رقم ١٤٦٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٣)

٣- " المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه إذا كان فعل الغير الضار هو السبب فى وفاة المضرور فإن هذا الفعل لا بد له وأن يسبق الموت ولو بلحظة ويكون المضرور فى هذه اللحظة أهلا لكسب حقه فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم ، ومتى ثبت له هذا الحق قبل

وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر المادي الذي سببه لمورثهم الذي أدى إليه الفعل الضار باعتباره من مضاعفاته .

(طعن رقم ٨٢١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/١/٣١)

(راجع أيضا حكم الهيئة العامة بتاريخ ١٩٩٤/٢/٢٢ المنشور

ببند ٣٦٨) .

٢٧٣- حالة عدم المطالبة بالتعويض من جميع الورثة :

إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالتعويض الموروث من جميع الورثة ، فإن المحكمة تقدر في حكمها التعويض المستحق للورثة جميعا ، ثم تقضى لمن طالب به بحصته في التعويض .

أما إذا لم تدرك المحكمة ذلك ، وقضت بالتعويض الموروث لبعض الورثة ، فإنها تكون قد فصلت في مسألة أولية مشتركة بين جميع الورثة ، وبالتالي يحاج باقي الورثة بالحكم الذي قضى في هذه المسألة رغم أنهم لم يمثلوا في الدعوى ، ولا يجوز لهم الرجوع على المسئول بما يخصهم من هذا التعويض ، وإنما يرجعون على الورثة بذلك بدعوى الإثراء بلا سبب ^(١).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٧٣ .

والتعويض الموروث يستقل عن التعويض الذى يستحق عن الضرر الذى يلحق الوارث شخصيا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" قواعد التوريث وأحكامه المعتمدة شرعا بما فى ذلك تحديد أنصبة الورثة هي - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور المتعلقة بالنظام العام . وإذا كان الطعن المائل يشمل ما قضى به الحكم المطعون فيه من تعويض موروث وتوزيع قيمته بين المحكوم لهم . وكان المحكوم لهم أما وإخوة للمورث ولا تتساوى أنصبتهم الشرعية فى الميراث . فإن الحكم المطعون فيه إذ ساوى بينهم فى الأنصبة فى مقدار التعويض الموروث يكون قد خالف القانون فى أمر متعلق بالنظام العام " .

(طعن رقم ١٥٢٧ لسنة ٤٨ قى جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠)

٣٧٤ - عدم استحقاق الجنين تعويضا عن الضرر الشخصى المباشر :

لا يستحق الجنين تعويضا عن الضرر الشخصى المباشر الذى يلحق به نتيجة الفعل الضار الذى يصيب مورثه .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر بجملة
١٩٩٥/٦/٢٧ في الطعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٦٠ ق إذ ذهبت فيه
إلى أنه :

" النص في المادة ٢٩ من القانون المدني يدل على أن المشرع
أحال في بيان حقوق الحمل المستكن إلى القانون ، فليس له من
حقوق إلا ما حدده القانون وقد نظم المرسوم بقانون ١١٩ لسنة
١٩٥٢ في شأن الولاية على المال الولاية على الحمل المستكن ،
وأثبت له قانون الجنسية الحق في اكتساب جنسية أبيه ، واعترف
له قانون المواريث بالحق في الإرث، كما اعترف له قانون الوصية
بالحق فيما يوصى له به ، أما حقه في التعويض عن الضرر
الشخصي المباشر الذي يلحق به نتيجة الفعل الضار الذي يصيب
مورثه قبل تمام ولادته حيا فلم يعينه القانون ، لما كان ذلك وكان
الثابت من الأوراق أن المجنى عليه الذي أصيب في الحادث -
سبب دعوى التعويض الراهنة - قد مات بتاريخ ١٩٨١/٥/٢٨ قبل
ميلاد ابنته القاصرة ... الحاصل في ١٩٨١/١١/١ ومن ثم فإنها
كانت في هذا التاريخ حملا مستكنا فلا تستحق بعد ولادتها
التعويض المطالب به ، لأن التعويض عن الأضرار الشخصية

المباشرة التي تدعى أنها أصيبت بها وقت أن كانت حملا مستكنا وكما سلف البيان لم يكن من بين الحقوق التي عينها القانون للحمل المستكن وحددها على سبيل الحصر " .

(طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٧)

٢٧٥ - لا يجوز التعويض عما أنفقه الوالد على ولده :

ما ينفقه الوالد على ولده ، يأتي وليد التزام قانوني عليه بالإنفاق على أولاده. ومن ثم لا يعتبر ما أنفقه في هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الوالد ملتزم بحكم القانون بالإتفاق على أولاده في سبيل رعايتهم وإحسان تربيتهم فلا يصح اعتبار ما ينفقه في هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض ، لما كان ما أنفقه الطاعن الأول على ولده المجنى عليه هو من قبيل القيام بالواجب المفروض عليه قانونا فلا يجوز له أن يطالب بتعويض عنه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم في قضائه هذا النظر يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٦)

٣٧٦ - سلطة القاضي في بيان عناصر الضرر والتثبت من شروطه :

التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قاضى الموضوع . إلا أن تعيين هذا الضرر فى الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا والتي يجب أن تدخل فى حساب التعويض يعتبر من المسائل القانونية التى تهمين عليها محكمة النقض لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانونى للواقع . فإذا قضى الحكم بمبلغ معين على سبيل التعويض دون أن يبين عناصر الضرر الذى قضى من أجله بهذا المبلغ ، فإنه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه ، إذ يحتمل أن يكون الحكم قد أدخل فى تقديره التعويض عنصرا لا تتوافر فيه شروط تعويضه أو عنصرا لم يطلب المدعى تعويضه .

وكذلك يعتبر استيفاء الضرر الشروط الواجب توافرها لإيجابه التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض . ومن هذا القبيل كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة ، وتكليفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه ضرر احتمالى ، وتكليفه بأنه ضرر مادى أو ضرر أدبى ، وفى هذه الحالة الأخيرة القول بانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبى إلى

الورثة أو عدم انتقاله إلا إذا اتفق عليه أو طوّل به قضائياً قبل وفاة المضرور^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التعويض يقدر بقدر الضرر ، ولئن كان هذا التقدير من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع فإن تعيين العناصر المكونة لقانوننا للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض ، لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع " .

(طعن رقم ٥ لسنة ١٦ ق جلسة ١٧/٤/١٩٤٧)

٢- " تحصيل وقوع الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٤/١١/١٩٦٧)

٣- " استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع مادام الدليل الذي أخذ به في حكمه مقبولا قانونا " .

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ٣١/١٢/١٩٧٠)

(١) سليمان مرقس ص ١٧٦ وما بعدها .

٣٧٧- إدماج التعويض عن الضررين المادى والأدبى :

يجب على المضرور عند رفع دعوى التعويض أن يحدد عناصر التعويض التى يطالب بها سواء كان تعويضا ماديا أو أدبيا ، وعندئذ تقدر المحكمة قيمة التعويض المستحق عن كل عنصر على حدة ، كما لها أن ترفض أحد العناصر وتقضى بتعويض عن بعضها^(١).

غير أنه لا يعيب الحكم أن يدمج الضررين المادى والأدبى معا ويقدر التعويض عنهما بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا يعيب الحكم أنه أدمج الضرر المادى والأدبى معا وقدر التعويض عنهما جملة بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما إذ ليس هذا التخصيص بلازم قانونا " .

(طعن رقم ٢٩٩ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣)

٢- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص خطأ الطاعن وأعمل سلطته فى تقدير التعويض المقضى به . للطاعن ضدهما أخذا بالظروف الملازمة إذ لم يلزمه القانون باتباع معايير معينة فى تقديره وأن له أن يدمج الضررين المادى والأدبى معا وتقدير التعويض عنهما بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما وكان ذلك

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٠ .

بأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق ونكفى لحمل قضائه مما يضحى معه نعيه بسبب الطعن على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٣٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/٦/١٢)

٣- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع متى بينت في حكمها عناصر التعويض المستوجب للتعويض فإن تقدير مبلغ التعويض الجابر لهذا الضرر هو مما تستقل به مادام لا يوجد في القانون نص يلزم باتباع معايير معينة فى خصوصه ولا تتريب عليها إذا هى قضت بتعويض إجمالى عن أضرار متعددة مادامت قد ناقشت كل عنصر منها على حدة وبينت وجهه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته " .

(طعن رقم ٢٥٢٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٧)

٤- " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه لا يعيب الحكم أن يدمج الضررين المادى والأنبى معا ويقدر التعويض عنهما بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما ، فإن ذلك لا يحول دون قيام تلك الحقيقة الواقعة وهى أن كل عنصر من هذين العنصرين كان له حسابه فى تحديد مقدار التعويض المقضى به ، ومن ثم فإنه إذا استأنف محكوم ضده - وحده - حكما قضى بإلزامه بأداء تعويض عن أضرار مادية وأنبية ولم يكن هذا الحكم قد حدد مقدار ما خص كل منهما من التعويض، ورات محكمة الاستئناف فصل كل عنصر

منهما على حدة أو عدم الأهمية في التعويض بالنسبة لأحد هذين العنصرين وجب عليها عندئذ أن تخصم ما يقابله من التعويض المقضى به ابتداء وهو ما يقتضى بطريق اللزوم النزول به عن المقدار الذى صدر به الحكم المستأنف " .

(طعن رقم ٤٨٥٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٤/١٢/١٩٩٧)

٣٧٨- الإخلال بمصلحة مالية للمضرور :

قد يكون الضرر ليس إخلالا بحق ثابت للمضرور ، وإنما مجرد الإخلال بمصلحة مالية للمضرور . فلو أن شخصا كان يعول قريبا له لاتجب نفقته عليه ، ثم قتل هذا الشخص ، فإن القريب يضار من ذلك ، ليس فى حق له إذ لاتجب نفقته على المقتول كما رأينا بالنسبة للزوجة والأولاد ، بل فى مصلحة مالية إذا ثبت أن المقتول كان يعوله على نحو مستمر وأن فرصة الاستمرار كانت محققة . فإذا نجح فى هذا الإثبات قضى له بالتعويض . وكذلك قد يصيب المخطوبة ضررا من قتل خطيبها ، يتمثل فى مقدار ما كلفتها الخطبة من نفقات وما ضاع عليها من فرصة إتمام الزواج . غير أنه يشترط أن تكون المصلحة مشروعة لوجوب التعويض عنها . فإذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا محل للتعويض عما يقع مساسا بها . فلا يقضى بالتعويض للخليلة عن فقد خليلها الذى كان يتولى الإنفاق عليها . وليس هذا لأنه لم يكن لها من حق يحميه القانون فى إنفاقه عليها ، أو لأنه لم يكن من

المحقق استمرار هذه العلاقة ، إذ كان للخليل أن يقطعها فى أى وقت شاء بدون أية رعاية من القانون فى شأنها ، ليس هذا فحسب بل لأن المصلحة التى تدعى الخليفة الإضرار بها تقوم على علاقة غير مشروعة وتأباها الأخلاق والآداب .

وإن ما يقال فى شأن الخليفة لا يصدق فى شأن الولد الطبيعى ثمرة تلك العلاقة الأثيمة إذ أنه كان مجنيا عليه فيها ، وتقتصر آثارها من عدم مشروعيتها على ما بين طرفيها على هذا فإن حرمانه من إيفاق والده الطبيعى يعتبر إضرارا بمصلحة مشروعة يوجب التعويض إذا ثبت أنه ضرر محقق . ولكن هذا الحكم لا يسرى على ولد الخليفة من رجل آخر ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى فى الإخلال بمصلحة مالية للمضرور أن يكون الضرر محققا بأن يكون وقع بالفعل أو يكون وقوعه فى المستقبل حتميا فإن أصاب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر فلا بد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الإخلال بها ضررا أصابه " .

(١) السهورى ص ٧١٧ - محمود جمال الدين زكى فى الوجيز ص ٢٦٥ - حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٣٤١ وما بعدها .

(ب) - " العبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المتوفى كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له بالتعويض على هذا الأساس ، أما مجرد احتمال وقوع الضرر فى المستقبل فلا يكفى للحكم بالتعويض " .

(طعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧)

٢- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المتوفى كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له بالتعويض على هذا الأساس ، أما مجرد احتمال وقوع الضرر فى المستقبل فلا يكفى للحكم بالتعويض " .

(طعن رقم ٢٢٢٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٢/٦/١٠)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه فى المستقبل حتميا والعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى

يدعيه نتيجة وفاة آخر هي ثبوت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار في ذلك كانت محققة " .

(طعن رقم ٢٩٢١ لسنة ٥٧ قى جلسة ١٩٩٤/٤/٢٧)

٣٧٩ - التعويض عن تفويت الفرصة :

يجب التمييز بين الضرر المحتمل وتفويت الفرصة . فالضرر المحتمل لايعوض عنه كما رأينا سلفا .

أما تفويت الفرصة فيجب التعويض عنه ، لأنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق .

ومثال ذلك أن يصدر من شخص خطأ يفوت على شخص فرصة كل يحتمل أن تعود عليه بالكسب ، كتفويت فرصة استئناف حكم بسبب تأخر المحامي في تقديم الاستئناف أو تأخر المحضر في إعلانه في الميعاد القانوني . أو صدور خطأ يفوت على شخص فرصة الدخول في امتحان أو الدخول في مسابقة لشغل وظيفة .

ومن أشهر الأمثلة على ذلك أن يلقي شاب مصرعه في حادث فيطلب والداه الممنان تعويضا عما أصابهما من ضرر نتيجة ما فاتهما من كسب لضياح أملهما في أن يرعاهما في شيخوختهما لأنه قتل وهو في مقتبل العمر ، وأنهما بفقده فانت فرصتهما لضياح أملهما في أن تستظل شيخوختهما برعايته .

فالحكم فى الاستئناف لصالح المستأنف والنجاح فى الامتحان أو الحصول على وظيفة ورعاية الابن لوالديه المسنين ، كل هذه أمور محتملة. قد تتحقق ولا تتحقق ولكن تقويت فرصة الوصول إليها يقضى على هذا الاحتمال ، ومن ثم يعتبر ضررا محققا يجب التعويض عنه (١).

ولكن إذا كان مجرد تقويت فرصة للكسب يعتبر فى ذاته ضررا محققا ، فإن هذا الضرر لا يصح تقديره بمقدار الكسب الذى فاتت فرصته بل يتعين تقديره فقط بالقدر الذى كان يحتمل معه تحقق الكسب فى هذه الفرصة التى فاتت (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا أدخل الحكم ضمن التعويض المحكوم به ما فات على الموظف من فرصة الترقى بسبب إحالته إلى المعاش قبل الأوان فلا خطأ فى ذلك . فإن القول بأن الترقى من الإطلاقات التى تملكها الجهات الرئيسية للموظف وليس حقا مكتسبا له ، محله بالبداية أن يكون الموظف باقيا يعمل فى الخدمة . أما إذا كانت الوزارة هى

(١) السهوى ص ٧٢١ وما بعدها - الدناصورى والشولوبى ص ١٦١

وما بعدها - عبد المنعم الصده ص ٤٩١ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٣٩ .

التي أحالت الموظف إلى المعاش بدعوى بلوغه السن بناء على قرار باطل فلا مناص من إدخال تقويت الترقية إلى الموظف ضمن عناصر الضرر التي نشأت عن الإخلال بحقه في البقاء في الخدمة . ذلك لأن القانون لا يمنع من أن يصب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه مادام هذا الأمل له أسباب معقولة " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٤/١)

٢- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تقويتها أمر محقق ، ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة ، وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى وصف تقويت الفرصة على الطاعنين في رعاية ابنهما لهما في شيخوختها بأنه احتمال ، فخلط بذلك بين الرعاية المرجوة من الإبن لأبويه وهي أمر احتمالي وبين تقويت الأمل في هذه الرعاية وهو أمر محقق ، ولما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن الأول قد بلغ سن الشيخوخة وأنه أحيل إلى المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذي كان طالباً في الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً الأمر الذي يبعث الأمل عند أبويه في أن يستظل برعايته ، وإذا افتقده فقد فانت فرصتهما بضياح أملهما .

فإن الحكم المطعون فيه إذ استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٦)

٣- " إذا كان الحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر محقق ولو كانت الإفادة منها أمرا محتملا وكان الثابت أن الطاعنين أقاموا الدعوى بطلب التعويض عن الضرر المادى الناشئ عن امتناع المطعون ضده عن طبع مؤلفهم وحبس أصوله عنهم خلال السنوات المقام بشأنها الدعوى بما ضيع عليهم فرصة تسويقه خلال تلك المدة وهو ضرر محقق ، فإن الحكم المطعون فيه - إذ قضى برفض طلب التعويض على سند من أن هذا الضرر احتمالي يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٨٣٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٤)

٤- (أ) " المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنها ، ولا يمنع القانون من أن يدخل فى عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق هذه الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائما على أسباب مقبولة من شأنها طبقا للمجرى الطبيعى للأمور ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع " .

(ب) - " إذا كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد اكتفى في مقام قضائه بالتعويض عن الضرر المادى على ما أورده من أن الوفاة فوتت على المطعون ضدها فرصة الأمل فى أن تستظل برعاية ولدها المتوفى فى شيخوختها دون أن يعن ببحث وتمحيص ما أثارته الطاعنة من أن هذا الأمل غير وارد لأن المتوفى كان طفلا يبلغ من العمر ١٢ عاما يعال ولايعول أحدا وأن لها ثلاثة أبناء قصر يكفى أن تستظل برعاية أيهم فى شيخوختها أو أن يبين الأسباب المقبولة التى تبرر وجه ما انتهى إليه من أن وفاة الإبن فوتت على المطعون ضدها أملها فى أن تستظل برعايته لها فى شيخوختها وهو ما من شأنه أن يجهل بالأسباب التى أقام عليها قضاءه بالتعويض عن الكسب الفائت ويعجز محكمة الموضوع عن مراقبة صحة تطبيقه لأحكام القانون ، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ٤٣٠٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٠/١١/١٩٩٤)

٥- " إذ كان مورث الطاعنين رافع الدعوى ابتداء قد طلب التعويض المادى والأدبى عن وفاة ابنه وبالتالي فإن طلبه هذا يشمل التعويض عن فوات فرصة رعايته له فى شيخوخته فإن الحكم المطعون فيه إذ ألغى الحكم المستأنف القاضى بهذا التعويض ورفض الطلب على سند من عدم ثبوت إعالة الابن لأبيه حال حياته

وأن من قضى لهما بالتعويض ليسا زوجتين للابن المجنى عليه وإنما هما زوجتان للأب رافع الدعوى يكون قد أخطأ في فهم الواقع لايغنيه من ذلك ما وقع فيه الحكم المستأنف من لبس في هذا الشأن كان يمكنه تصحيحه دون إلغائه أما وقد سار على دربه فإنه يكون قد أصابه ما أصاب الحكم المستأنف من خطأ في فهم واقع الدعوى " .

(طعن رقم ٤٥٩٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٦/٣)

٢٨٠ - مراعاة الظروف الملائمة في تقدير التعويض :

تنص المادة (١٧٠) في صدرها على أن : " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة " . وعبرة الظروف الملائمة جاءت عامة ، ومن ثم فهي تشمل الظروف الشخصية لكل من المضرور والمسئول ، كما تشمل جسامه الخطأ . فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات ، فيقدر على أساس ذاتي لا أساس موضوعي (١) .

(١) السهوري ص ٨٢١ وما بعدها - عبد المنعم الصده - محمد كمال عيد

العزیز - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٦٠ .

ومن ثم يعتد فى تقدير التعويض بسن المضرور وجنسه وبيئته ووضعه الثقافى والاجتماعى وحالته الجسمية والصحية والمهنية وغير ذلك من الظروف الشخصية التى تجعل أثر الفعل الواحد متباينا من شخص إلى آخر .

فمن كان عصبيا فإن الانزعاج الذى يعتريه من فعل ضار يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصا سليم الأعصاب . والشخص الذى فقد إحدى عينيه ، ثم فقد العين الأخرى فى حادث ، يكون الضرر الذى يصيبه بفقد العين الأخرى وصيروته مكفوف البصر أشد بكثير من الضرر الذى يصيب من كان سليم العينين فيفقد عينا واحدة .

والمريض بالسكر إذا أصيب بجرح ، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب الشخص السليم^(١) . ومن كان ذا زوج أو ولد ، كان ضرره أشد من الأعزب . وإذا كان للكسب الذى يفوت المضرور من جراء إصابته كبيرا كان ضرره شديدا^(٢) .

والتشويه فى الوجه ولو كان قليلا - يصيب عارضة أزياء أو ممثلة - بضرر يفوق كثيرا فى جسامته ما يلحق منه عاملة فى مصنع أو موظفة فى مصرف .

(١) السنهاورى ص ٨٢١ وما بعدها .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٦٠ .

وضعف البصر ولو كان يسيرا إذا أصاب الساعاتى أو الرسام
فإن ضرره يزيد كثيرا فى جسامته على ما يلحق من يحترف مهنة
أخرى (١).

والحريق الذى يصيب بناء اتخذه تاجر متجرا يمارس فيه مهنته
يحدث ضررا أشد مما لو كان يتخذ هذا البناء مسكنا .

والظروف الشخصية للمسئول تراعى فى تقدير التعويض ،
لاسيما ظروفه المالية كأن يكون المسئول غنيا أو فقيرا أو أن
يكون مؤمنا من مسؤوليته . لأن النص جاء عاما ولم يفرق بين
ظروف المضرور وظروف المسئول . ويؤيد ذلك أن الشارع يشير
فى مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة (٢٣٧) المقابلة للمادة
(١٧٠) من القانون المدنى إلى ما يقضى به تقنين الالتزامات
السويسرى من إنقاص التعويض عدالة إذا كان الخطأ يسيرا ،
وكانت موارد المدين محدودة ، بما يعنى قصد الشارع إلى وجوب
مراعاة الظروف الملازمة للمسئول (٢).

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٨٣ ومابعدهما .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٥٢٢ - حسين عامر وعبد الرحيم عامر ...

ص ٥٤٢ - وعكس ذلك المنهوى ص ٨٢٢ - أحمد حشمت أبو ستيت

ص ٤٥٩ - محمد كمال عبد العزيز ص ٤٠٨ - محمود جمال الدين

زكى ص ٢٨٤ .

ويدخل جسامه الخطأ فى تقدير التعويض ، ولئن كان الأصل أن جسامه الخطأ لا ينظر إليها فى هذا المقام ، لأننا بصدد تعويض مدنى يراعى فيه مقدار الضرر ولما بصدد عقوبة جنائية يعول فيها على جسامه الخطأ ، إلا أن القضاء من الناحية العملية وبحكم المشاعر الطبيعية فى الإنسان يدخل فى حسابه درجة جسامه الخطأ فيجعل التعويض أزيد فى حالة الخطأ الجسيم منه فى حالة الخطأ اليسير ^(١). لهذا جاءت المادة (٢٣٧) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٧٠) صريحة فى هذا المعنى حيث ذكر أن القاضى يقدر التعويض "مراعيا فى ذلك الظروف وجسامه الخطأ".

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... وينبغى أن يعتد فى هذا الشأن بجسامه الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف . والواقع أن جسامه الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها ، فى منطق المذهب الشخصى أو الذاتى ، ولذلك الخ " . ولئن كانت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت بعبارة "مراعيا فى ذلك الظروف وجسامه الخطأ" عبارة "مراعيا فى ذلك الظروف والملابسة" . فإن ذلك لم يكن

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٢٢ ومابعدا - للناصرى والشواربى ص

٩٩. ومابعدا - وعكس ذلك السهنورى ص ٨٢٣ - محمود جمال

الدين زكى ص ٢٨٤ ومابعدا - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٥٩ .

لاستبعاد جسامة الخطأ من تقدير التعويض بل لما أفصحت عنه اللجنة في تقريرها من أن : "جسامة الخطأ تدخل في عموم لفظة الظروف" (١).

والبإدى أن محكمة النقض تؤيد هذا الرأي إذ قضت بأن :

" إذا كان مما ينهض الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه لم يبين ما إذا كان الخطأ الموجب للتعويض جسيماً أو غير جسيم حتى تتمكن محكمة النقض من الموازنة بين خطأ المطعون عليها ومبلغ التعويض ، وكان ما نسبته الطاعن للشركة المطعون عليها من خطأ هو على ما ورد في تقرير الطعن تعسفها في استعمال حقها في فصله بسبب محاولته المطالبة بما يعتقد أنه من حقه - وهو ما أقره عليه الحكم المطعون فيه وقضى بالتعويض على أساسه ، فإن هذا النعى يكون غير منتج " .

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣١)

٢- " وحيث إن الطاعنين ينعون على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله ذلك أن الحكم المطعون فيه ... إذ قضى لباقي الطاعنين بتعويض عن الضرر الأدبى لم يراعى في تقديره جسامة الخطأ باعتبارها من الظروف الملازمة المنصوص عليها في المادة ١٧٠ من القانون المدنى أما عن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٣٩٠ وما بعدها .

النعي في شقة الثاني فإنه غير سديد لأن مراعاة الظروف الملازمة في تقدير التعويض أمر يدخل في سلطة قاضي الموضوع بما لامعقب عليه في ذلك ومن ثم يكون هذا الشق من النعي على غير أساس ويتعين رفضه " .

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠)

كما قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" إذا كان الظاهر مما أورده الحكم أن المحكمة قد راعت في تقدير التعويض الذي قضت به على المتهم جسامه الضرية التي أدت إلى كسر ساق المجنى عليه (ضابط البوليس) ودعت إلى نقله إلى عمل أقل شأنًا من عمله الأول ، كما راعت المصاريف التي أنفقتها في العلاج ، فليس في هذا أي خطأ " .

(طعن رقم ١٣٦٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٥/١٠/١٥) (١)

(١) وعكس ذلك طعن جنائي رقم ١٦١١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٠
إذ جاء به :

" إنه لما كان التعويض هو مقابل الضرر الذي يلحق المضرور من الفعل الضار ولا يصح أن يتأثر بدرجة خطأ المسئول عنه أو بدرجة غناه ، كان لإخلال المحكمة جسامه الخطأ ويسار المسئول عنه في العناصر التي راعتها عند تقدير التعويض عيباً يستوجب نقض الحكم " .

٢٨١- متى ينشأ الحق فى التعويض ؟

ينشأ الحق فى التعويض منذ وقوع الخطأ ، أو بالأحرى من وقت وقوع الضرر إذا كان هذا قد تراخى عن الخطأ (١).

ويبنى على ذلك عدة نتائج منها :

١- أن التقادم يسرى من وقت وقوع الخطأ أو من وقت علم المضرور بالضرر وبالمسئول عنه .

٢- أن المضرور يملك التصرف فى حقه ، فله أن يحيله مثلا إلى آخر دون انتظار الحكم الذى يقضى به ، كما له أن يتخذ الإجراءات التحفظية بشأنه .

٣- أن القانون الذى يطبق هو القانون النافذ وقت وقوعه لا القانون الذى يكون نافذا وقت صدور الحكم . فإذا صدر فى الفترة بين وقوع الضرر وصدر الحكم قانون جديد يعدل من حقوق المضرور ، فإن هذا القانون لا يطبق على النزاع ، إنما يطبق القانون الذى كان نافذا وقت وقوع الضرر (٢).

(١) للسهرى ص ٨١٢ - للدكتور أحمد شرقى عبد الرحمن مدى التعويض عن تغيير الضرر فى جسم الإنسان وماله فى المسؤولية المدنية العقوبة والتقصيرية طبعة ٢٠٠٠ ص ١٤ .

(٢) للسهرى ص ٨١٢ وما بعدها - أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٦٠ وما بعدها .

على أن الحق في التعويض إذا كان قد نشأ من وقت العمل غير المشروع لا من وقت الحكم الصادر في الدعوى ، فإن من شأن الحكم أن يحدد الحق في التعويض وأن يقويه ، وذلك من حيث أنه لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الحكم (م ٣٨٥ مدني) ، فضلا عن إمكان التنفيذ على مال المسئول متى أصبح الحكم نهائيا .

ويجوز للمضرور أن يطعن بالدعوى البوليسية في تصرفات المسئول الصادرة في الفترة بين وقوع الضرر و صدور الحكم .
وإذا كان المسئول مؤمنا من مسئوليته جاز للمضرور أن يرجع على شركة التأمين دون أن يكون للشركة أن تتمسك ضده بأسباب سقوط الحق في التأمين التي وجدت في الفترة بين وقوع الضرر وسقوط الحكم^(١).

٣٨٢- تقدير الضرر المتغير :

الضرر المتغير هو الذي يتردد بين التقاقم والنقصان بغير استقرار في اتجاه معين، في الفترة بين حصول الضرر والحكم في طلب التعويض ، مثال ذلك أن يتعدى المسئول على المضرور بالضرب فأحدث إصابة بيده ، إلا أنه قبل الحكم آلت هذه الإصابة

(١) عبد المنعم الصده ٥١٩ ومابعدا .

إلى عاهة مستديمة ، فهنا يقدر التعويض على أساس حدوث عاهة مستديمة للمضرور ، وليس على أساس إصابته الأولى البسيطة .

لكن إذا كان المضرور قد لحقه ضرر آخر بسبب لا يرجع إلى خطأ المسئول فإن القاضى لا ينظر فى تقدير الضرر الجديد ، وإنما يراعى حالة المضرور التى نجمت من الضرر الأول فحسب، أما الضرر الجديد فيسأل عنه من أحده . مثل ذلك أن يفقد المضرور إحدى عينيه فى حادث ، ثم يفقد عينه الأخرى فى حادث آخر قبل الحكم فى الدعوى المرفوعة عن الحادث الأول ، ففي هذه الحالة يحاسب المسئول الأول فحسب عن فقد العين الأولى مع مراعاة وجود العين الثانية ، ويحاسب المسئول الثانى عن فقد العين الثانية مع مراعاة عدم وجود العين الأولى إذ يكون الضرر حينئذ أشد خطورة عن الضرر الناجم عن فقد العين الأولى فى أول الأمر .

وقد يفيد المسئول من ضرر جديد يحل بالمضرور، وذلك إذا كان هذا الضرر الجديد قد وضع حدا للضرر الأول . فإذا كان المضرور قد أصيب فى حادث أنقص من قدرته على العمل . ولكنه قبل الحكم أصيب فى حادث آخر أدى إلى موته . فإن المسئول عن الحادث الأول يستفيد من هذا الموت لأنه وضع حدا للضرر الأول . إذ يراعى القاضى فى تقدير هذا الضرر ما أصاب المضرور من عجز عن العمل إلى يوم الموت فحسب. وإذا كان

هناك شيء قد لحقه بعض التلف بسبب خطأ المسئول ، ولكنه بعد ذلك وقبل الحكم فى الدعوى هلك بسبب آخر ، فإن المسئول عن التلف الأول يستفيد من هذا الهلاك ، إذ يقتصر القاضى فى تقدير الضرر الأول على ما لحق المضرور من جراء حرمانه من الانتفاع بالشئ حتى يوم الهلاك (١).

وفى الحالات التى يستفحل فيها الضرر لا يؤخذ على المضرور عدم مبادرته إلى إصلاح الضرر على نفقته ، فقد لا يتوافر لديه المال اللازم لذلك . غير أنه إذا كان التأخر فى إصلاح الضرر راجعا إلى خطأ من المضرور ، لأنه كان فى وسعه أن يتوقى استعمال الضرر ببذل جهد معقول ولكنه لم يفعل ، فإن القاضى يدخل ذلك فى حسابه عند تقدير التعويض ، إذ تصبح الزيادة فى الضرر حينئذ بسبب التأخر فى إصلاحه ضررا غير مباشر لا يجب التعويض عنه (٢).

وإذا خف الضرر وقت الحكم عما كان عليه وقت حدوث الضرر ، كما لو تحسنت إصابة المضرور فإن التعويض يقدر على أساس حالة المضرور وقت الحكم .

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٢٥ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٥٢٥ .

ويفيد المسئول من ذلك حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة في ذاته بل إلى سبب أجنبي .

وقد يحدث تغير الضرر تبعاً لظرف طارئ بين فترة ارتكاب الخطأ وحصول ذلك الضرر ، كما لو تزوج المجرى عليه بعد إصابته في حادث ، فإن لزوجته أن تطالب بتعويض عن وفاة زوجها بسبب تلك الإصابة وقد كانت الزوجية قائمة وقت وقوع الضرر^(١) .

أما إذا كان الضرر لم يتغير في الفترة بين حصول الضرر وصدور الحكم ، وإنما طرأ تغير على سعر النقد سواء بالارتفاع أو الانخفاض ، أو تغيرت أسعار السوق بوجه عام بالنسبة للأشياء اللازمة لإصلاح الضرر عن وقت وقوع الضرر ، فإن العبرة في تقدير التعويض بما تكون عليه الأسعار يوم الحكم . لكن إذا كان المضرور قد أصلح الضرر على نفقته فإن للقاضي يحكم له بما أنفقه فعلاً بصرف النظر عن تغير السعر يوم صدور الحكم^(٢) .

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٥٥٩ وما بعدها .

(٢) المنهوى ص ٨٢٥ - الناصورى والشواربى ص ٩٩٠ - عبد المنعم الصده ص ٥٢٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وكلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه ، لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم ، مراعى التغيير فى الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسئول أو نقص كائنا ما كان سببه ، ومراعى كذلك التغيير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها . ذلك أن الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أيا كان سببه غير منقطعى الصلة به . أما التغيير فى قيمة الضرر فليس تغيرا فى الضرر ذاته . وإذا كان المسئول ملزما بجبر الضرر كاملا فإن التعويض لا يكون كافيا لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم . ومن ثم كان لاوجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت إلى الخطأ بصله ، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على إصلاح الضرر ، فإذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه ، فإن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه " .

(طعن رقم ٥ لسنة ١٦ قى جلسة ١٩٤٧/٤/١٧) (١)

(١) وتتعلق هذه القضية بمنزل تسربت المياه إلى جدرانه من أنابيب لمصلحة التنظيم فأحدث بالمنزل خلاا استوجب إخلاءه ، فقضت المحكمة

٢- " جرى قضاء محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيرا
تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار
إليه عند الحكم . "

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٤/١١/١٩٥٧)

٣- " إذ كان استيلاء الحكومة على العقار جبرا عن صاحبه
دون اتخاذ الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة
غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض وأنه ليس من شأنه أن
ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب ويستتبع هذا النظر أن يظل على
ملكية صاحبه ويكون له الحق فى استرداد هذه الملكية إلى أن
يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور أو يستحيل رده إليه أو
إذا اختار هو المطالبة بالتعويض عنه وفى الحالتين الأخيرتين يكون

لصاحب المنزل بنفقات الإصلاح بحسب الأسعار التى كانت قد ارتفعت
وقت الحكم وبقية الإيجار من وقت وقوع الفعل الضار إلى وقت الحكم
مع مراعاة ما يستغرقه الإصلاح من زمن بعد صدور الحكم . وانتقد
البعض هذا الحكم فى أنه لم ينظر إلى أن المالك كان فى وسعه ببذل
جهد معقول أن يبادر إلى إصلاح الخلل فيقف تقاوم الضرر ، ولم يراع
أن التأخر فى الإصلاح يرجع إلى خطأ المضرور ولأن الزيادة فى
الضرر التى نجمت عن ذلك إنما هى ضرر غير مباشر لا يجب
التعويض عنه (عبد المنعم الصده ص ٥٢٦ الهامش سليمان مرقص
تعليق فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٩ ص ٢٢٣ ومابعدهما) .

شان المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر سواءً فى ذلك ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم لأن الضرر كلما كان متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد راعى عند تقدير التعويض ما تفاقم من ضرر من تاريخ الاستيلاء حتى تاريخ صدوره فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٤٧٩٨ ، ٤٨٥٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٣/٧/٢٨)

٣٨٣- تغير الضرر فى الفترة بين الحكم بالتعويض ابتدائيا والحكم استئنافيا :

قد يطرأ التغير على الضرر أو قيمته إبان الفترة الواقعة بين صدور الحكم من محكمة أول درجة ، وبين صدور الحكم من محكمة ثانى درجة ، ففى هذه الحالة يجب اتباع ما سلف ذكره عن ذلك . وعلى المحكمة الاستئنافية اعتبار الضرر وقيمه بما صار إليه عند الحكم ، ومراعاة التغير فيهما لو فى أيهما . وإذا تقدم المضرور ، على هذا الأساس ، بطلب زيادة فى مبلغ التعويض ،

فلا يعتبر. هذا منه طلبا جديدا أمام محكمة الدرجة الثانية لأن المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات إذ تنص في فقرتها الأولى على ألا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، فإن هذه المادة في فقرتها الثانية تجيز أن يضاف إلى الطلب الأصلي ، ما يزيد من التعويضات بعد صدور الحكم المستأنف^(١).

٢٨٤- الضرر الذي لا يمكن تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت صدور الحكم :

تنص المادة ١٧٠ منى على أن : " ... فإن لم يتيسر له (القاضى) وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير " .

فقد لا يتيسر للقاضى أحيانا أن يحدد وقت الحكم مدى العويض تحديدا كافيا ، كما هو مثلا فى جرح لا تستبين عقابه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن ، فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر تعويضا موقوتا بعد التثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم ، على أن يعيد

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٥٦٢ - أحمد شوقي محمد عبد

الرحمن ص ٣١ وما بعدها .

النظر في قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا انقضى
الأجل المحدد ، أعاد النظر فيما حكم به ، وقضى للمضرور
بتعويض إضافي إذا اقتضى الحال ذلك ^(١) . ولاملح في هذه الحالة
للتمسك بحجية الأمر المقضى به .

أما إذا نقص الضرر بعد الحكم بالتعويض ، فإن هذا لا يخول
المسئول أن يطالب برد ما يعادل ذلك النقص ، لأن الحكم في شأنه
- إن كان نهائيا - قد حاز قوة الشيء المقضى به ، والقضاء برد
بعض التعويض الذي حكم به ، معناه الطعن في الحكم الأول بغير
الطرق القانونية ^(٢) .

٣٨٥- التعويض المؤقت :

إذا أقامت النيابة العامة الدعوى الجنائية ضد المسئول وادعى
المضرور مدنيا أمام المحكمة الجنائية طالبا الحكم بتعويض مؤقت
عما أصابه من ضرر وقضت له المحكمة بذلك فإنه يجوز له بعد
ذلك أن يرفع دعوى أمام المحكمة المدنية المختصة يطلب منها
تكملة التعويض سواء كان الحكم الصادر بالتعويض المؤقت قد

(١) مذكرة المشروع التهديدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٢ ص ٣٩٣ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٥٥٩ - أحمد شوقي عبد الرحمن

ص ٣٣ وما بعدها .

صدر من محكمة الجنح أو من محكمة الجنايات لأن موضوع الدعوى المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى بل هو تكملة له .

وعلى ذلك إذا قدمت النيابة المسئول لمحكمة الجنايات بتهمة القتل العمد وادعى ورثة القتيل مدنيا قبله وقضت المحكمة بإدانة المسئول وبالتعويض المؤقت المطلوب وأصبح هذا الحكم باتا فإنه يجوز لورثة القتيل بعد ذلك أن يرفعوا دعوى مدنية بطلب تكملة التعويض .

وكذلك الشأن إذا حرك المضرور الدعوى الجنائية بالطريق المباشر كما إذا أقام المضرور دعوى جنحة مباشرة ضد المسئول وطلب بعد توقيع العقوبة الجنائية عليه الحكم له بتعويض مؤقت وأجابته لطلبه فإنه يجوز له متى أصبح الحكم باتا أن يطلب من المحكمة المدنية تكملة التعويض^(١).

فالحكم الصادر بالتعويض المؤقت يحوز حجية فى هذا الخصوص يمنع الخصوم أنفسهم من التنازع فيها فى أية دعوى تالية تكون فيها هذه المسألة الأساس فيما يدعيه أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق ، فلا تجوز المجادلة فى مبدأ استحقاق التعويض .

(١) الدناصورى والشولوبى ص ١١٠٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " إذا كانت محكمة الجench قد قضت بالتعويض للمدعى بالحق المدني على أنه تعويض كامل عن الضرر الذى لحقه ، فليس له أن يطالب بتعويض آخر أمام المحكمة المدنية سواء كان قد طلب التعويض باعتباره أنه تعويض مؤقت أو باعتبار أنه تعويض كامل ، إلا إذا أثبت أن ضررا طارئا قد لحقه بعد الحكم الجنائى. وإن فمتى كان الواقع هو أن المدعى بالحق المدني قد طلب من محكمة الجench الحكم له بمبلغ ٢٥ جنيها تعويضا مؤقتا فقررت هذه المحكمة بعد التثبت من مدى الضرر الذى أصابه أن التعويض المطلوب مبالغ فيه وأن كل ما يستحقه عن هذا الضرر الذى استقر نهائيا هو مبلغ ١٥ جنيها ، ولما رفع دعواه أمام المحكمة المدنية مطالبا بجواز تكملة التعويض ولم يثبت أن ضررا طارئا قد لحقه بعد الحكم الجنائى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يكون قد خالف القانون " .

(ب) - " إذا كان المدعى بالحق المدني أمام محكمة الجench قد طلب القضاء له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذى أصابه مع حفظ حقه فى المطالبة بالتعويض الكامل وقضى له بالتعويض على هذا الأساس فإن ذلك لا يحول بينه وبين المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية ، لأنه لا يكون قد استنفذ كل

ماله من حق أمام محكمة الجنح ، ذلك أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى ، بل هو تكملة له " .

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٧)

٢- (أ) - " لئن أباح القانون استثناء رفع الدعوى بالحق المدني إلى المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى الجنائية إلا أن ذلك لا يغير من طبيعة تلك الدعوى المدنية فيكون للحكم الصادر فيما فصل فيه من حقوق حجيته على من كان خصما فيها " .

(ب) - " القضاء بالتعويض المؤقت على سبيل التضامن - والذي أصبح باتا- هو حكم قطعي حسم الخصومة في هذا الأمر ويحوز حجية في هذا الخصوص يمنع الخصوم أنفسهم من التنازع فيها في أية دعوة تالية تكون فيها هذه المسألة الأساس فيما يدعيه أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق ، على أن ذلك لا يحول بين المحكوم لهم وبين المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية لأنهم لا يكونوا قد استنفذوا كل ما لهم من حق أمام المحكمة الجنائية ذلك أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى بل هو تكملة له " .

(طعن رقم ٤٥٣ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٦/١١)

٣- " القضاء للمدعى بالحق المدني أمام محكمة الجنح بتعويض مؤقت عن الضرر الذى أصابه لايحول بينه وبين المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية لأنه لا يكون قد استنفذ كل ماله من حق أمام محكمة الجنح ، ذلك أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع للدعوى الأولى بل هو تكملة له " .
(طعن رقم ٨٧٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣)

كما قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- إذا كانت المحكمة قد حكمت للمدعى بالحقوق المدنية بالتعويض المؤقت الذى طلبه ليكون نواة للتعويض الكامل الذى سيطالب به بانية ذلك على ما ثبت لها من أن المحكوم عليه هو الذى ارتكب الفعل الضار المسند إليه فهذا يكفى لتبرير التعويض الذى قضت به . أما بيان مدى الضرر فإنما يستتجبه التعويض الذى قد يطالب به فيما بعد ، وهذا يكون على المحكمة التى ترفع أمامها الدعوى به " .

(طعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١٣)

٣٨٦- خصم التعويض المؤقت من التعويض النهائى :

إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة المدنية لتكملة التعويض المؤقت الذى قضت به المحكمة الجنائية ، فإنه يتعين على المحكمة المدنية بعد أن تقدر التعويض الإجمالى الذى يستحقه المضرور أن تخصم منه التعويض المؤقت الذى قضت به المحكمة الجنائية ثم تقضى بالمبلغ الباقى .

٢٨٧- لا يجوز طلب تكملة التعويض إذا صرحت المحكمة الجنائية أنها قدرت التعويض تقديرا نهائيا :

إذا أقام المضرور دعوى مدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية طالبا الحكم بمبلغ معين على سبيل التعويض المؤقت إلا أن المحكمة قضت بمبلغ حددته وصرحت بأن هذا تعويض قطعى عن كافة عناصر الضرر الذى حاق به فلا يجوز له بعد ذلك رفع دعوى مدنية بطلب تكملة التعويض . مثال ذلك أن يدعى ورثة القتل مدنيا أمام محكمة الجنايات بطلب تعويض مؤقت قدره خمسة عشر ألف جنيه إلا أن المحكمة رأت أن هذا الطلب مغالى فيه فتحكم لهم بمبلغ عشرة آلاف جنيه على أنه تعويض نهائى لا مؤقت وأنه جابر لكافة عناصر الضرر فإن ذلك يمنع الورثة بعد ذلك من طلب تكملة التعويض أمام المحكمة المدنية مادام أنه قطعى .

ولا يختلف الحكم السابق إذا رفع المضرور دعواه بطلب تقرير المسؤولية وتعويض مؤقت أمام المحكمة المدنية وقضت له المحكمة بتعويض نهائى فلا يجوز له بعد ذلك رفع دعوى أخرى بحجة تكملة التعويض^(١).

(١) الدناصورى والثواربى ص ١١٠٦ وما بعدها .

٣٨٨- جواز الحكم بنفقة مؤقتة للمضرور :

إذا رفعت دعوى تعويض أمام المحكمة ، وتبين لها أن المضرور في حاجة قصوى إلى نفقة مؤقتة ، فإنه يجوز لها القضاء بها على أن تخصص من التعويض الذي سيقضى به له بعد ذلك .

ويشترط للقضاء بهذه النفقة المؤقتة توافر الشروط الآتية :

١- أن تكون المحكمة قد قضت بتقرير مبدأ المسؤولية عن التعويض ولم يبق إلا تقديره .

٢- أن تكون عناصر التعويض لا تزال في حاجة إلى مدة طويلة لإعدادها .

٣- أن يكون المضرور في حاجة ملحة إلى هذه النفقة .

٤- أن يكون المبلغ الذي يقرره القاضى للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذى ينتظر أن يقدر به الضرر (١).

ومن وقت صدور الحكم بالتعويض لايجوز التنفيذ بحكم النفقة المؤقتة لأنه حكم موقت يصدر حكم موضوعى بإلزام المسئول بالتعويض الذى قدرته المحكمة .

(١) السهورى ص ٨٢٥ ومابعداها - الدناصورى والشواربى ص ١١١١

ومابعداها - حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٥٦٤ .

وإذا قضت المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة بالتعويض فإنه يجوز للمسئول أن يرجع على المضرور بما آداه من نفقة مؤقتة وفقا لقواعد رد غير المستحق ويعتبر الحكم الاستئنافي في هذه الحالة سندا تنفيذيا بالرد^(١).

٢٨٩- لا يجوز لمحكمة ثاني درجة أن تسوئ مركز المحكوم ضده المستأنف بزيادة مبلغ التعويض : وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كانت القاعدة أن الاستئناف ينقل الدعوى إلى محكمة الدرجة الثانية بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط مما لا يجوز معه لتلك المحكمة أن تتعرض للفصل في أمر غير مطروح عليها أو أن تسوئ مركز المستأنف بالاستئناف الذي قام هو برفعه ، فإنه لايجوز لمحكمة الدرجة الثانية - واستئناف مرفوع من المحكوم ضده وحده - أن تزيد في مقدار التعويض عن أى عنصر من عناصر الضرر لما في ذلك من إخلال بتلك القاعدة ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن وحده هو الذى استأنف الحكم الصادر بإلزامه بالتعويض وكانت المحكمة بعد أن انتهت إلى عدم أحقية المطعون عليهم الأول والثالث والرابعة والخامس للتعويض عن الضرر

(٣) الدناصورى والشواربى ص ١١١٢ .

المادى واستنزله من مبلغ الثلاثة آلاف جنيه المقضى لهم بها من محكمة الدرجة الأولى كتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التى لحقت بهم ثم حكمت للمطعون عليهم جميعا - بما فيهم المطعون عليها الثانية عن نفسها وبصفتها - بمبلغ ألفى جنيه تعويضا عن الضرر الأدبى وحده ، وكان الحكم الابتدائى قد قضى بإلزام الطاعن بأن يدفع للمطعون عليها الثانية عن نفسها وبصفتها مبلغ سبعة آلاف جنيه تعويضا عن الأضرار المادية والأدبية وجملة فإن الحكم المطعون فيه وقد فصل كل عنصر من عناصرى الضرر على حدة وقضى للمطعون عليهما جميعا بمبلغ ألفى جنيه كتعويض عن الأضرار الأدبية بما كان يتعين معه أن يخصم ما خص المطعون عليها الثانية عن نفسها من تعويض عن هذا النوع من الضرر من مبلغ السبعة آلاف جنيه المقضى لهم بها ابتداء كتعويض عن الضررين معا إلا أنه زاد فى مبلغ التعويض عن الأضرار المادية التى لحقت بها إلى مبلغ ثمانية آلاف جنيه - حال أنها قبلت الحكم الابتدائى ولم تستأنفه - ليصل به مع التعويض عن الضرر الأدبى إلى مبلغ عشرة آلاف جنيه وخلص بناء على ذلك إلى تأييد الحكم المستأنف فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون .

(طعن رقم ٤٨٥٤ لسنة ٦١ قى جلسة ١٤/١٢/١٩٩٧)

٣٩٠ - المضرور هو صاحب الحق فى التعويض :

لا يثبت الحق فى المطالبة بالتعويض إلا للمضرور فالدعوى ترفع منه أو نائبه أو خلفه ، فلا يجوز لغير المضرور أو نائبه أو خلفه المطالبة بالتعويض .

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للمضرور المطالبة بالتعويض والقضاء بأدائه إلى جهة خيرية لأن هذا الجهة لم يصبها ضررا .
غير^٥ أنه استثناء من ذلك يجوز للنقابات المنشأة وفقا للقانون أن ترفع بوصفها أشخاصا اعتبارية للدعوى المتعلقة بحقوقها المالية قبل أعضائها أو قبل الغير ممن تتعامل معهم ، كما أن لها أن ترفع دعاوى المسؤولية عن الأضرار التى أصابت المهنة التى تمثلها أو المصالح الجماعية لأعضائها بشرط أن يكون للضرر الواقع فى هذه الحالة قد أصاب هؤلاء الأعضاء بوصفهم أعضاء فى النقابة وبسبب مباشرتهم المهنة التى وجدت النقابة للدفاع عن مصالحها^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا يفى للحكم بالتعويض لصاحب الأرض التى تعطلت زراعتها بسبب قيام الحكومة بإنشاء مصرف أن يثبت تحقق الضرر بل يجب أيضا أن يكون طالب التعويض هو المضرور فعلا ، فإذا

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ١٣٧٢ .

كانت هذه الأرض مؤجرة للغير وأحالت المحكمة الدعوى على التحقيق لإثبات تنازل صاحب الأرض للمستاجر عن مقابل الضرر ثم أصدرت حكمها بالتعويض لصاحب الأرض مكثفة بالتحدث عن ثبوت الضرر وتقدير التعويض دون أن تقول كلمتها فى نتيجة التحقيق فإن حكمها يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٠)

٢- " للنقابات المنشأة وفقا للقانون أن ترفع بوصفها شخصا اعتباريا الدعاوى المتعلقة بحقوقها المالية قبل أعضائها أو قبل الغير ممن تتعامل معهم . كما لها أن ترفع دعاوى المسؤولية عن الأضرار التى أصابت للمهنة التى تمثلها أو المصالح الجماعية لأعضائها إلا أن شرط ذلك أن يكون الضرر الواقع فى هذه الحالة قد أصاب هؤلاء الأعضاء بوصفهم أعضاء فى النقابة ويسبب مباشرتهم المهنة التى وجدت النقابة للدفاع عن مصالحها أما إذا كان الضرر ضررا فرديا لحق عضوا أو عدد معين من أعضاء النقابة بسبب لايتصل بانتمائهم للمهنة ولايمتد أثره إليها فإن دعوى التعويض عن هذا الضرر من النقابة تكون غير مقبولة لانتفاء صفة النقابة فى رفعها " .

(طعن رقم ٢٦٧ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠)

٣- " من المقرر قانونا وفي قضاء هذه المحكمة أن المضرور - هو أوائبه أو خلفه- هو الذى يثبت له الحق فى طلب التعويض ، أما غير المضرور فلا يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه ، ولا يحق للمضرور أن يطلب من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لجهة خيرية أو مؤسسة تعمل للمصلحة العامة ولا تستطيع المحكمة فى هذه الحالة أن تجبه إلى هذا الطلب لأن مثل هذه الجهة لم يصبها أى ضرر فلا يجوز الحكم لها مباشرة بتعويض وتكون الدعوى فى هذه الحالة غير مقبولة " .

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٤)

٤- " دعوى التعويض هى الوسيلة القضائية التى يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسئول عن تعويض الضرر الذى أصابه إذا لم يسلم به قانونا وأنه يجب أن يثبت أنه صاحب الحق الذى وقع الضرر مساسا به وإلا كانت دعواه غير مقبولة " .

(طعن رقم ٨٨٣٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٥)

مادة (١٧١)

- ١- يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا .
- ٢- ويقرر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بإداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض .

الشرح

٣٩١- طرق التعويض :

تختلف طريقة إصلاح الضرر حسبما تكون الظروف الملائمة لحالة النزاع المطروح ، وبما يبدى للمضرور فى طلباته عنها ، كما أنها تختلف أيضا فى نطاق المسؤولية العقدية عنها فى نطاق المسؤولية التقصيرية^(١).

٣٩٢- الأصل فى التعويض هو التعويض العيني :

قد يكون التعويض عينيا ، وهو خير أنواع التعويض ، وأكثر ما يقع بالنسبة إلى الالتزامات العقدية حيث يتيسر فى كثير من

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٥٢٧ .

الأحوال إجبار المدين على التنفيذ العيني أما فى المسؤولية التقصيرية فنطاقه محدود ، وذلك لأنه لا يكون ممكنا إلا حين يتخذ الخطأ الذى اقترفه المدين صورة القيام بعمل تمكن إزالته ، وهذا لا يتحقق إلا نادرا . كما فى حالة ما إذا أقام شخص حائطا كى يحجب النور والهواء عن جاره تعسفا منه ، إذ يجوز حينئذ أن يكون التعويض عينيا بهدم الحائط على حساب البانى أو من طريق التهديد المالى .

وكما فى حالة ما إذا كان كانت هناك علامة تجارية مقلدة ، إذ يصح أن يكون التعويض عينيا بإتلاف هذه العلامة . ولذلك تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : "ويقدر التعويض بالنقد " . وإذا كان التعويض العيني ممكنا فإن القاضى مع ذلك لا يكون ملزما بأن يحكم به إلا إذا طالب به الدائن أو عرض المدين القيام به .

إذ يكون التعويض هو الأصل ولايسار إلى عوضه ، أى التعويض النقدى ، إلا إذا استحال التعويض عينيا ، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدى وعرض المدعى عليه التعويض عينيا - كرد الشئ المغتصب - وجب قبول ما عرضه ، وتقضى المحكمة بالتنفيذ العيني ولو أصر المدعى على ما يطلبه من تعويض نقدى .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ١- ليست المسؤولية التقصيرية ، بوجه عام ، سوى جزاء للخروج على التزام يفرضه القانون : هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع. وإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التعاقدية فعلى النقيض من ذلك ، لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ - وهو يقتضى إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، كهدم حائط بنى بغير حق ، أو بالتعسف فى استعمال حق - إلا منزلة الاستثناء فى نطاق المسؤولية التقصيرية " .

" ٢- فالتنفيذ بمقابل أى من طريق التعويض المالى ، هو القاعدة العامة فى المسؤولية التقصيرية ... الخ " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل ، ولايسار إلى عوضه، أى التعويض النقدي ، إلا إذا استحال التعويض عينا ، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدي وعرض المدعى عليه التعويض عينا - كرد الشئ المغتصب- وجب قبول ما عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هى أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي .

وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنافع العامة ففرضاها المالك مطالبا بقيمة العقار - وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعتد باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون .

(طعن رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق جلسة ١٦/١٢/١٩٤٨)

٢- " المحاكم بهيئتها المدنية هي السلطة الأصلية التي لا شبهة في اختصاصها بنظر طلب رد الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار أو بطلب التعويض عنه سواء اعتبر هذا الفعل جريمة- تختص المحاكم بتشكيلها الجنائي بالعقاب عليها - أو لم يكن كذلك ، سواء أكان التعويض المطلوب عينا وذلك بإصلاح الضرر الناشئ عن هذا الفعل بإزالة أثاره وإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو كان التعويض نقديا .

(طعن رقم ٤٨٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٩/١/١٩٩٦)

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" للمدعى بالحقوق المدنية في دعواه التابعة للدعوى الجنائية - سواء أكانت مرفوعة مباشرة أم بطريق التدخل في الدعوى

العمومية المرفوعة من النيابة - طلب تعويض الضرر الناشئ من الجريمة . وهذا التعويض يجوز أن يشمل رد الشيء المسروق أو المختلس عينا أو دفع ثمنه " .

(طعن رقم ٦٧٦ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٦/٤/٢٩)

٢- " إنه لما كان للمحاكم الجنائية بمقتضى القانون أن تحكم بالتعويضات لمن أصابه ضرر من الجريمة المرفوعة بها الدعوى أمامها ، وكان رد الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الجريمة لاشك يدخل فى التعويضات إذ به يتحقق رفع الضرر عن المضرور عينا بإزجاج ذات ما يخصه إليه ، وهذا بذهاب أولى من أن يعطى مبلغا من المال فى مقابله ، فإن المحكمة إذا ما ثبت لها تزوير عقدى الرهن والتنازل وقضت بردهما وبطلانهما ومحو تسجيلها ففرضاها بذلك لايعدو أن يكون ضربا من ضروب الرد كما هو معرف به فى القانون " .

(طعن رقم ١٤٨٨ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٦/١٠/١٤)

٣٩٣- التعويض غير النقدي :

يتعذر فى الغالب - كما ذكرنا سلفا - التنفيذ العينى فى المسئولية التقصيرية، وهنا يجب أن يحكم القاضى بالتعويض . وليس من الضرورى أن يكون التعويض نقدا ، وإن كان ذلك هو

الغالب ، إلا أنه يجوز للقاضي كما صرحت المادة " أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض " .
ومثال ذلك :

١- ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٨٦٠ مدنى من أنه " إذا انتهت البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه " .

٢- أن يلزم القاضي المودع عنده بأن يقدم للمودع إبطارات من نوع تلك الإطارات التى كانت مودعة وسرقت .

٢- أن يلزم المسئول عن تلف سيارة بأن يرد سيارة من صنف هذه السيارة وبالحالة التى كانت عليها السيارة .

٣- أن يلزم المسئول بأن يملك المضرور الظاهر سهمًا يحصل على ريعه .

٤- بالنسبة لمضايقات الجوار ، يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضى بما تراه كفيلاً بمنع ما ينبعث من الدخان أو ما يحدث من ضجيج ، أو ما يتطاير من رائحة مؤذية ، أو من خطر الحريق ^(١) .

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٥٣١ .

٥- وفي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف فيكون هذا النشر تعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى ، وهو تعويض غير نقدي .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن^(١):

" تعويض الضرر الأدبي بنشر الحكم في الصحف على نفقة المحكوم عليه من سلطة قاضي الدعوى التقديرية والمطلقة بما لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه " .

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٧/٣/١٥)

كما قد يقضى فيه بتعويض رمزي كقرش صاغ^(٢).

وغنى عن البيان أن مثل هذا التعويض لا هو بالعيني ولا هو بالمالي ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور^(٣).

(١) السنهوري ص ٨١٧ - عبد المنعم الصده ص ٥٢١ .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٥٩ .

(٣) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢

ص ٣٩٧ .

٢٩٤ - التعويض النقدي :

تنص المادة ١٧١ فى فقرتها الثانية على أن : " ويقدر التعويض بالنقد " . ويتبين من ذلك - كما ذكرنا سلفا - أن الأصل فى التعويض أن يقدر بالنقد أى يكون بمبلغ من النقود .

وهذا هو ما يغلب الحكم به فى دعاوى المسؤولية التقصيرية ، كما أن الأصل كذلك أن يكون هذا التعويض النقدى مبلغا معينا يعطى دفعة واحدة . ولكن يصح أن يحكم للقاضى تبعا للظروف بتعويض نقدى مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة، مادام يرى أن هذه هى الطريقة المناسبة للتعويض . فمثلا إذا كانت إصابة المضرور تعجزه عن العمل مدة معينة جاز للقاضى أن يحكم له بتعويض مقسط خلال هذه المدة . وإذا كانت الإصابة تعجزه عن العمل كليا أو جزئيا بصفة دائمة جاز الحكم له بإيراد مرتب مدى الحياة .

ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب . وكان الدين المترتب فى نمته يبقى مددا قد تطول ، فإنه يجوز للقاضى إلزام المدين بتأمين . ويصح فى هذا الصدد أن يحكم القاضى على المسئول بدفع مبلغ إلى شخص ثالث أو شركة تأمين مثلا على أن تقوم الشركة بدفع الأقساط أو الإيراد المرتب للمضرور ^(١) .

(١) المنهوى ص ٨١٨ - عبد المنعم الصده ص ٥٢٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل هو أن المحاكم المدنية تختص بالنظر فى الدعاوى التى ترفع على الحكومة بالمطالبة بتعويض الضرر المترتب على مخالفة القانون ولم يغير القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ من هذا الاختصاص . فإذا كانت الدعوى قد رفعت للمطالبة بتعويض الضرر الناشئ عن مخالفة القانون بإحالة الموظف على المعاش قبل الأوان وبغير حق فإنه لا يؤثر على اختصاص المحاكم المدنية بنظر هذه الدعوى كون أحد عناصر التعويض ما أصاب المدعى من خفض معاشه ويريد جبره بالحكم بإيراد مرتب له مدى حياته ممثلا فى الفرق بين المعاش الذى ربط له نتيجة لمخالفة القانون بإحالته على المعاش قبل المدة التى كان له فيها حق البقاء فى الخدمة والمعاش الذى يستحقه ولو لم تقع تلك المخالفة إذ يجوز أن يكون تعويض الضرر بتقدير مرتب مدى حياة المضرور إذا روى أن ذلك خير وسيلة لجبر الضرر دون مجازفة فى التقدير أو حيف يلحق أحد الخصمين ويعتبر المبلغ المحكوم به فى هذه الحالة تعويضا يأخذ حكم التعويض ولا تسرى عليه القواعد العامة المقررة للمعاش الذى يربط للموظف الذى انتهت مدته ."

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠)

ولما كان التعويض النقدي يتحدد وقت صدور الحكم بناء على عناصر الضرر المحققة وفقا لقيمتها الشرائية في هذا الوقت ، إلا أنه طالما أصبح الحكم نهائيا فلا يجوز رفع دعوى جديدة بزيادة قيمة التعويض أو إنقااصه ، تبعا لتغير القوة الشرائية للنقود ^(١). ويجوز أن يكون التعويض النقدي في صورة فائدة تعويضية تقدرها المحكمة وهي لاتخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ولما كان لمحكمة الموضوع أن تقدر التعويض الذي يستحقه المالك مقابل ريع أرضه التي استولت عليها الحكومة جبرا عنها وأضافتها إلى المنافع العامة بغير اتباع الإجراءات التي وجبها قانون نزع الملكية - على الوجه الذي تراه المحكمة مناسبا ، فتحكم بهذا التعويض مبلغا متجمدا أو في صورة فائدة تعويضية وهي فيما تقعله من ذلك وفي تحديدها لسعر هذه الفائدة لاتخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٧)

(١) أحمد شوقي عبد الرحمن ٢٦ .

ويراعى أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى اختيار الطريقة التى ترى فيها أنها الأنسب لإصلاح الضرر ، باعتبارها تعويضا بمقابل (١).

٢٩٥ - التعويضات المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم :

التعويضات المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم هى عقوبة فلا يحكم بها إلا من محكمة جنائية . وتقضى بها للمحكمة من تلقاء نفسها ودون لزوم ثبوت وقوع ضرر (٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " إن التعويضات المنصوص عليها فى القانون رقم ٣٦٣ سنة ١٩٥٦ بتنظيم تحصيل رسم الإنتاج أو الاستهلاك على الكحول - الذى يحكم واقعة الدعوى - وإن كانت تتطوى على تضمينات مدنية تجيز لمصلحة الجمارك التدخل فى الدعوى أمام المحاكم الجنائية للمطالبة بها والطعن فيما يصدر بشأن هذه المطالبة من أحكام ، إلا أنها فى حقيقتها عقوبات تكميلية حدد الشارع قدرها تحديدا تحكما غير مرتبط بتحقيق وقوع أى ضرر على المصلحة فلا يجوز توقيعها إلا من محكمة جنائية ولا يتوقف قضاؤها لها بها

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٥٣١ .

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص ١٥٠٠ .

على تدخل من جانبها فى الدعوى وتلتزم المحكمة فى هذا القضاء
القدر المحدد فى القانون ، ومن ثم فإن إجازة هذا التدخل إنما هى
على سبيل الاستثناء فلا يجرى عليه - وإن وصف بأنه دعوى
مدنية - حكم اعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركاً الدعوى المدنية
الوارد بالمادة ٢٦١ من قانون الإجراءات الجنائية لأن هذا الحكم ما
وضع إلا للدعوى المدنية التى تقام بطريق التبعية ممن لحقه ضرر
بالفعل من الجريمة للمطالبة بالتضمينات المدنية البحت - أى
التعويض الذى تقره المحكمة بنفسها بعد طلبه مقابل الضرر الواقع -
والأصل فى هذه الدعوى أن ترفع أمام المحاكم المدنية وهى بذلك
تختلف طبيعة وحكما عن ذلك التدخل من مصلحة الجمارك . لما
كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى
برفض استئناف الطاعن وتأييد الحكم الابتدائى لأسبابه فيما قضى
به من اعتباره تاركاً للدعوى المدنية المقامة من المصلحة قبل
المطعون ضدهما بالمطالبة بالتعويضات المنصوص عليها فى
القانون رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٥٦ وذلك لعدم حضوره بالجلسة، فإنه
يكون قد خالف القانون مما يوجب نقضه ولما كانت هذه المخالفة قد
حجبته عن نظر الدعوى فإنه يتعين أن يكون مع النقض الإحالة " .
(طعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٢١)



رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١٢٠)	
٤		
٦	١- المقصود بالغلط .	
٦	٢- شروط إعمال الغلط .	
٦	الشرط الأول : أن يكون الغلط جوهريا .	
٦	الشرط الثاني : أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر .	
٨	(أ) إذا وقع المتعاقد الآخر بدوره في الغلط .	
٩	(ب) إذا علم المتعاقد الآخر بالغلط الذي وقع فيه غريمه .	
١٠	(ج) إذا كان من السهل على للمتعاقد الآخر أن يتبين وقوع غريمه في الغلط .	
١٣	٣- تكيف دفاع للخصم بصدد الغلط .	
١٤	٤- لايجوز طلب الإبطال للغلط بعد الدفع بالصورية.	
١٥	٥- إثبات الغلط .	
٢٠	مادة (١٢١)	
٢٠	٦- المقصود بالغلط الجوهري .	
٢٢	٧- أمثلة الغلط الجوهري الواردة بالمادة وتلك التي أضافها الفقه .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٢٢	(أ) الغلط في صفة جوهرية في الشيء .	
٢٤	(ب) الغلط في شخص المتعاقد .	
٢٦	(ج) الغلط في القيمة .	
٢٨	(د) الغلط في الباعث .	
٢٨	٨- أثر الغلط .	
٣٠	مادة (١٢٢)	
٣٠	٩- المقصود بالغلط في القانون .	
٣١	١٠- حكم الغلط في القانون .	
٣٦	١١- يشترط لإبطال العقد أن تكون القاعدة القانونية ليست محل خلاف .	
٣٧	١٢- الاستثناءات على مبدأ طلب الإبطال لغلط في القانون .	
٤٠	مادة (١٢٣)	
٤٠	١٣- الغلط في الحساب وغلطات القلم .	
٤٢	١٤- قد يؤدي الخطأ المادي إلى غلط آخر يشوب الرضا .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١٢٤)	
٤٤	١٥- عدم التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية .	٤٤
٤٦	١٦- تطبيق هام واردة بالفقرة الثانية من المادة .	٤٦
	مادة (١٢٥)	
٤٩	إبطال العقد للتدليس :	٤٩
٤٩	١٧- تعريف للتدليس .	٤٩
٥٠	١٨- الفرق بين التدليس والغش .	٥٠
٥٠	١٩- شروط التدليس .	٥٠
٥١	الشرط الأول : استعمال طرق احتيالية .	٥١
٦٦	الشرط الثاني : أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد .	٦٦
٦٨	٢٠- التدليس غير الدافع .	٦٨
	الشرط الثالث : أن تصدر الطرق الاحتيالية من المتعاقد الآخر أو نائبه ، أو من الغير إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم بهذا التدليس .	٦٩
٧١	٢١- إثبات التدليس .	٧١
٧٦	٢٢- الغلط والتدليس .	٧٦

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٣-	أثر التدليس .	٧٨
٢٤-	حالة تعدد المتعاقدين ووقوع التدليس من أحدهم .	٧٩
٨٠	مادة (١٢٦)	
٨٠	التدليس الصادر من غير المتعاقدين .	
٨٢	٢٥- الوضع فى ظل التقنين المدنى القديم .	
٨٢	٢٦- الوضع فى ظل التقنين المدنى الجديد .	
٨٦	٢٧- مدى استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر .	
٩٠	مادة (١٢٧)	
٩٠	٢٨- تعريف الإكراه .	
٩٢	٢٩- الإكراه المعتمد للرضاء .	
٩٢	٣٠- الفرق بين الإكراه وبين الغلط والتدليس .	
٩٣	شروط الإكراه .	
٩٣	٣١- الشرط الأول : أن تستعمل وسيلة للإكراه تهدد بخطر جسيم منحق بالنفس أو المال .	
٩٤	٣٢- أولاً : العنصر المادى فى الإكراه .	
١٠٠	٣٣- تقدير وسيلة الإكراه ومبلغ جسامتها من المسائل الموضوعية .	
١٠٤	٣٤- يكفى أن يهدد للخطر الغير .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٥-	النفوذ الأدبي .	١٠٧
٣٦-	العطف والحنو لا يعتبر إكراها .	١٠٩
٣٧-	ثانيا : العنصر المعنوى فى الإكراه .	١١٠
٣٨-	الشرط الثانى : رهبة فى نفس المتعاقد تحمله على التعاقد .	١١٥
٣٩-	الإكراه فى الحالة الضرورة (الإكراه بالصدفة) .	١٢٢
٤٠-	إثبات الإكراه .	١٢٤
٤١-	أثر الإكراه .	١٢٤
٤٢-	الشرط الثالث : أن يكون الإكراه صادرا من المتعاقد الآخر أو أن يكون الأخير عالما به أو من المفروض حتما أن يعلم به ، إذا كان صادرا من غير المتعاقدين .	١٢٥
١٢٨	مادة (١٢٨)	
١٢٨	٤٣- الإكراه من غير المتعاقدين .	
١٣٠	مادة (١٢٩)	
١٣٠	الاستغلال :	
١٣٠	٤٤- الاستغلال والغبن .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
١٣٣	(شروط الاستغلال)	
	٤٥- الشرط الأول : أن يخلل التعادل بين الأداءات المتقابلة أو أن ينعدم عند وجود المقابل .	
١٣٣	٤٦- الشرط الثانى : أن يكون هناك استغلال لطيش بين أو هوى جامع فى المتعاقدين المغبون .	
١٣٨	٤٧- الشرط الثالث : أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقدين المغبون إلى التعاقد .	
١٤٢	٤٨- علاقة الاستغلال بعيوب الرضاء الأخرى .	
١٤٥	٤٩- إثبات الاستغلال .	
١٤٦	الجزاء الذى يترتب على الاستغلال	
١٤٧	٥٠- الإبطال أو الإنقاص .	
١٤٧	٥١- (أ) دعوى الإبطال .	
١٤٧	٥٢- (ب) دعوى الإنقاص .	
١٤٨	٥٣- سقوط دعوى الاستغلال .	
١٥٠		
١٥٣	مادة (١٣٠)	
	٥٤- الإبقاء على الحالات الخاصة بالغين فى بعض العقود وسعر الفائدة .	
١٥٣	٥٥- التطبيقات الواردة فى بعض النصوص .	
١٥٥		

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١٣١)	١٥٧
٥٦-	تعريف محل الالتزام .	١٥٧
٥٧-	يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً .	١٥٩
٥٨-	بطلان التعامل في الشركات المستقبلية .	١٦٤
٥٩-	نطاق خطر التصرف في الشركات المستقبلية .	١٦٦
٦٠-	بطلان التصرف في الشركات المستقبلية .	١٦٩
٦١-	إثبات التعامل في الشركات المستقبلية .	١٧١
	مادة (١٣٢)	١٧٢
٦٢-	وجوب أن يكون محل الالتزام ممكناً .	١٧٢
٦٣-	المحل الممكن .	١٧٣
	مادة (١٣٣)	١٧٩
٦٤-	القاعدة العامة في تعيين محل الالتزام .	١٧٩
٦٥-	صور تعيين محل الالتزام .	١٨٠
٦٦-	ترك تعيين المحل لأحد الطرفين أو لأجنبي .	١٨٦

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
١٨٨	مادة (١٣٤)	
١٨٨	٦٧- تعيين محل الالتزام بدفع مبلغ من النقود .	
١٨٩	٦٨- شرط الوفاء بالذهب .	
١٩١	٦٩- بطلان شرط الذهب في مصر .	
١٩٨	٧٠- الاتفاق على الوفاء بعملة أجنبية .	
٢٠٠	مادة (١٣٥)	
٢٠٠	٧١- إحالة .	
٢٠١	مادة (١٣٦)	
٢٠١	٧٢- المقصود بالسبب .	
٢٠٥	٧٣- وجود السبب .	
٢٠٧	٧٤- العبرة بوجود السبب عند إبرام العقد .	
٢٠٨	٧٥- بطلان العقد لمخالفة السبب للنظام العام .	
٢١١	مادة (١٣٧)	
٢١١	٧٦- عدم ذكر سبب الالتزام في العقد .	
٢١٩	٧٧- استخلاص الغرض من التعاقد من ظرف الدعوى .	
٢١٩	٧٨- صورية السبب المذكور في العقد .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٧٩-	إثبات صورية السبب المذكور في العقد .	٢٢٤
٨٠-	التصرف المجرد .	٢٢٨
	البطلان :	
	مادة (١٣٨)	٢٣١
٨١-	المقصود بالبطلان وأنواعه .	٢٣١
٨٢-	البطلان للغش .	٢٣٥
٨٣-	التفرقة بين البطلان وما قد يشتبه به .	٢٣٧
١-	البطلان وعدم النفاذ أو السريان على الغير .	٢٣٧
٢-	البطلان والفسخ .	٢٣٨
٨٤-	العقد القابل للإبطال لا يبطل إلا باتفاق أو بحكم .	٢٣٩
٨٥-	لا يجوز للمحكمة القضاء بإبطال العقد من تلقاء نفسها .	٢٤٠
٨٦-	من له الحق في التمسك بالإبطال .	٢٤٠
٨٧-	مدى انتقال الحق في الإبطال إلى الخلف .	٢٤٤
٨٨-	التمسك بالإبطال في أية حالة كانت عليها الدعوى .	٢٤٥
	مادة (١٣٩)	٢٤٦
٨٩-	إجازة العقد القابل للإبطال .	٢٤٦
٩٠-	تعريف الإجازة .	٢٤٦
٩١-	الإجازة تصرف من جانب واحد .	٢٤٧

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٢٤٨	٩٢- التمييز بين الإجازة والإقرار .	
٢٤٨	٩٣- توافر سائر شروط التصرف فى الإجازة .	
٢٤٩	٩٤- يشترط للإجازة علم المجيز بقبالية العقد للإبطال واتجاه إرادته نحو النزول عن حقه فى الإبطال .	
٢٥٠	٩٥- الإجازة الصريحة والإجازة الضمنية .	
٢٥٢	٩٦- ما لا يعتبر إجازة للعقد القابل للإبطال .	
٢٥٣	٩٧- أثر الإجازة .	
٢٥٥	٩٨- إثبات الإجازة .	
٢٥٧	٩٩- استخلاص الإجازة مسألة موضوعية .	
	مادة (١٤٠)	
٢٥٨	١٠٠- سقوط الحق فى إبطال العقد بمضى ثلاث سنوات .	
٢٥٨	١٠١- سقوط حق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد .	
٢٦١	١٠٢- للتقادم أثر رجعى .	
٢٦٢	١٠٣- سريان مدة التقادم القصير على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون الجديد .	
٢٦٤	١٠٤- عدم تعلق التقادم بالنظام العام .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١٤١)	٢٦٦
	العقد الباطل :	٢٦٦
١٠٥-	تقرير بطلان العقد الباطل .	٢٦٦
١٠٦-	التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى أو الدفع .	٢٦٨
١٠٧-	عدم تصحيح العقد الباطل بالإجازة .	٢٧٠
١٠٨-	سقوط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة.	٢٧٣
	مادة (١٤٢)	٢٧٧
	أثر إبطال العقد وبطلانه .	
١٠٩-	أولاً : أثر إبطال العقد وبطلانه بالنسبة للمتعاقدين .	٢٧٧
١١٠-	أساس الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد .	٢٨٣
١١١-	أثر البطلان بالنسبة إلى ناقص الأهلية .	٢٨٥
١١٢-	إثبات إثراء ناقص الأهلية مما تسلمه .	٢٨٧
١١٣-	حالة البطلان لعدم المشروعية .	٢٩٠
١١٤-	تسجيل العقد الباطل لا يصححه	٢٩١
١١٥-	ثانياً : آثار البطلان بالنسبة إلى الغير .	٢٩١
	(أ) القاعدة العامة .	٢٩١
	(ب) استثناءان من القاعدة العامة .	٢٩٢
١١٦-	الآثار التي يترتبها العقد الباطل .	٢٩٥

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١١٧-	أولاً : الأثر العرضية .	٢٩٥
١١٨-	ثانياً : الأثر الأصلية .	٢٩٨
	مادة (١٤٣)	٣٠١
١١٩-	انتقاص العقد .	٣٠١
١٢٠-	عبء الإثبات .	٣٠٥
١٢١-	حالات لإنقاص العقد الباطل واردة بالقانون .	٣٠٧
	مادة (١٢٤)	٣٠٩
	تحول العقد :	٣٠٩
١٢٢-	المقصود بنظرية تحول العقد .	٣٠٩
١٢٣-	شروط تحول العقد .	٣١٢
	الشرط الأول : أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال .	٣١٢
	الشرط الثاني : أن يتضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال عناصر عقد آخر صحيح .	٣١٤
	الشرط الثالث : أن تتصرف إرادة الطرفين إلى العقد الآخر .	٣١٦

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	(الفرع الثالث) (آثار العقد)	
	مادة (١٤٥)	
٣١٨	١٢٤- قاعدة نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث المضمون (للموضوع) .	
٣٢٢	١٢٥- انصراف أثر العقد إلى الخلف .	
٣٢٢	١٢٦- المقصود بالخلف العام .	
٣٢٣	١٢٧- انصراف آثار العقد إلى الخلف العام .	
٣٣٠	١٢٨- ثبوت حجية عقد السلف قبل الخلف العام إذا لم يستند الخلف العام إلى سبب غير تلقى الحق من السلف .	
٣٣٧	١٢٩- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مقيد بقواعد الميراث .	
٣٣٨	١٣٠- حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام .	
٣٤٠	١- إذا تبين من العقد أن أثره لا ينصرف إلى الخلف العام .	
٣٤٠	٢- أن يتبين من طبيعة التعامل أن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف العام .	
٣٤١	٣- أن ينص القانون على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام .	
٣٤٣		

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٣١-	حالات يعتبر فيها الخلف العام من الغير .	٣٤٤
١٣٢-	هل يعتبر الدائن العادى خلفا علما ؟	٣٤٥
(أ) -	رأى الفقه .	٣٤٥
(ب) قضاء محكمة النقض .		٣٤٨
مادة (١٤٦)		
١٣٣-	المقصود بالخلف الخاص .	٣٥١
	انتقال الالتزامات والحقوق إلى الخلف الخاص .	
١٣٤-	التمييز بين أثر انتقال الحق إلى الخلف وبين	
	اتصرف أثر العقد الذى يبرمه السلف .	٣٥٢
١٣٥-	لا تتحقق الخلافة الخاصة إلا إذا كان الحق قائما	
	فى نمة السلف ثم انتقل بعد ذلك إلى الخلف .	٣٥٥
١٣٦-	الأسخلاف قاصر على الحقوق الشخصية .	٣٥٧
١٣٧-	الشروط الواجب توافرها لاتصرف أثر العقد إلى	
	الخلف الخاص .	٣٥٩
١٣٨-	سريان الشروط بالنسبة للأحكام .	٣٦٣
١٣٩-	هل يعتبر المستأجر خلفا خاصا للمؤجر ؟	٣٧٧
١٤٠-	تقاضى السلف خلو رجل ومقدم إيجار على	
	خلاف القانون لا يسرى فى حق الخلف الخاص .	٣٨١

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١٤٧)	
٣٨٥		
٣٨٥	١٤١- العقد شريعة المتعاقدين .	
	استثناء ان على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .	
	١٤٢- الاستثناء الأول : نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين .	
٣٨٩		
	١٤٣- الاستثناء الثانى : نقض العقد أو تعديله لمسبب من الأسباب التى يقررها القانون .	
٣٩٠		
٣٩٤	١٤٤- تعديل العقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة .	
٣٩٤	١٤٥- فكرة نظرية الحوادث الطارئة .	
٤٠٢	١٤٦- شروط تطبيق نظرية الحوادث الطارئة .	
٤٠٣	الشرط الأول : أن يقع حادث استثنائى .	
٤٠٨	الشرط الثانى : أن يكون الحادث علما .	
	الشرط الثالث : أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد .	
٤١١		
	الشرط الرابع : أن يكون الحادث غير ممكن تغايله أو دفعه .	
٤١٦		
	الشرط الخامس : أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه .	
٤١٧		

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	الشرط السادس : أن يكون من شأن الحادث جعل تنفيذ	
٤٢٥	الالتزام بالغ الإرهاق للمدين .	
٤٣٣	١٤٧- أثر الحادث الطارئ .	
٤٣٨	١٤٨- لا يجوز للقاضي فسخ العقد .	
	١٤٩- رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول قاصر على	
٤٤٠	ما يراد تنفيذه بعد وقوع الحادث القهري .	
	١٥٠- إعمال أثر الظروف الطارئة واجب على القاضي	
٤٤٣	إذا توافرت شروطها .	
٤٤٣	١٥١- وجوب طلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة .	
٤٤٤	١٥٢- زوال الحادث الطارئ بعد تعديل العقد .	
	١٥٣- لا يجوز التمسك بنظرية الحوادث الطارئة لأول	
٤٤٤	أمام محكمة النقض .	
	١٥٤- سلطة القاضي في تعديل العقد مما يتعلق بالنظام	
٤٤٥	العام .	
٤٤٧	١٥٥- تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة .	
٤٤٧	١- نظرية الميسرة .	
٤٤٨	٢- تخفيض أجر الوكيل .	
٤٤٨	١٥٦- سريان نظرية الحوادث الطارئة من حيث الزمان .	
٤٥٠	مادة (١٤٨)	
	١٥٧- وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه	
٤٥٠	حسن النية .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٥٨-	إثبات تنفيذ العقد بحسن نية .	٤٥٤
١٥٩-	تحديد نطاق العقد .	٤٥٥
١٦٠-	المقصود بمستلزمات العقد .	٤٥٦
١٦١-	تحديد نطاق العقد مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .	٤٦١
٤٦٣	مادة (١٤٩)	
١٦٢-	سلطة القاضى فى تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن فى عقود الإذعان من هذه الشروط.	٤٦٣
١٦٣-	بطلان الاتفاق على عدم تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها .	٤٦٦
١٦٤-	سلطة القاضى فى اعتبار الشرط تصفيا .	٤٦٦
١٦٥-	تعديل الشروط للتعسفية أو الإعفاء منها لايجرى دون طلب .	٤٦٧
١٦٦-	تفسير الشك فى مصلحة الطرف المذعن .	٤٦٨
١٦٧-	حماية الطرف المذعن فى بعض العقود .	٤٦٩
١٦٨-	عدم تطبيق المادة (١٤٩) على العقود الإدارية .	٤٦٩

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١٥٠)	٤٧٢
	تفسير العقد :	٤٧٢
١٦٩-	أولاً : حالة وضوح عبارة العقد .	٤٧٢
١٧٠-	ثانياً : حالة غموض عبارة العقد .	٤٨٤
	العوامل التي يسترشد بها القاضى فى تفسير العقد .	
١٧١-	أولاً : العوامل التي ورد النص عليها بالمادة .	٤٩١
	١- طبيعة التعامل .	٤٩١
	٢- ما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين .	٤٩٣
	٣- العرف الجارى فى المعاملات .	٤٩٣
١٧٢-	ثانياً : العوامل التي لم يرد النص عليها بالمادة.	٤٩٦
	١- إعمال الكلام خير من إهماله .	٤٩٦
	٢- مراعاة العقد فى مجموعه .	٤٩٧
	٣- تخصيص حالة بالنكر لا يجعلها تنفرد بالحكم .	٤٩٧
	٤- ورود شرط مطبوع بالعقد .	٤٩٨
	٥- حالة وجود شروط العقد مطبوعة وإضافة شروط مكتوبة تتعارض معها .	٤٩٨
	مادة (١٥٢)	٥٠٠
	١٧٣- المقصود بالغير .	٥٠٠

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٥٠٠	١٧٤- القاعدة للواردة بالمادة .	
٥٠٢	١٧٥- مستثناءات على القاعدة .	
٥٠٥	١٧٦- عقد إيجار المساكن له طابع عائلي وجماعي .	
٥١٠	مادة (١٥٣)	
٥١٠	١٧٧- التعهد عن الغير .	
٥١١	١٧٨- شروط التعهد عن الغير .	
٥١٣	١٧٩- حكم التعهد عن الغير .	
٥١٣	١٨٠- أثر قبول الغير للتعهد .	
٥١٧	١٨١- رفض الغير للتعهد .	
٥١٩	مادة (١٥٤)	
٥١٩	الاشتراط لمصلحة الغير :	
٥١٩	١٨٢- المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير .	
٥٢٠	١٨٣- أهمية الاشتراط لمصلحة الغير .	
٥٢١	١٨٤- تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير .	
٥٢٣	١٨٥- شروط الاشتراط لمصلحة الغير .	
	آثار الاشتراط لمصلحة الغير .	
٥٢٩	١٨٦- (أ) العلاقة بين المشتراط والمتعهد .	
٥٣٤	١٨٧- (ب) العلاقة بين المشتراط والمنفع .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٨٨ -	(ج) علاقة المتعهد بالمنفعة .	٥٣٦
	مادة (١٥٥)	٥٤١
١٨٩ -	يجوز للمشتري أن ينقض المشاركة .	٥٤١
١٩٠ -	نقض العقد قد يكون جزئيا .	٥٤٣
١٩١ -	ليس لنقض العقد شكل خاص .	٥٤٣
١٩٢ -	انقضاء الحق في نقض العقد بإظهار المنتفع رغبته .	٥٤٤
١٩٣ -	أثر نقض المشاركة .	٥٤٩
١٩٤ -	رفض المنتفع للاشتراط .	٥٥٠
١٩٥ -	صدور النقص والإقرار في وقت واحد .	٥٥١
	مادة (١٥٦)	٥٥٢
١٩٦ -	يجوز أن يكون المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير شخصا أو جهة مستقبلية أو لم يعين وقت العقد .	
	انحلال العقد	
	مادة (١٥٧)	٥٥٥
١٩٧ -	تعريف الفسخ .	٥٥٥
١٩٨ -	أساس طلب فسخ العقد .	٥٥٥
١٩٩ -	عدم فسخ العقد إلا بحكم .	٥٥٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٥٦٠	شروط الفسخ .	٢٠٠-
٥٦١	الشرط الأول : أن يكون العقد ملزما للجانبين .	
	الشرط الثانى : أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن	
٥٦٦	تنفيذ التزامه .	
	الشرط الثالث : أن يكون المتعاقد الذى يطلب الفسخ قد	
٥٧٠	نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه .	
	الشرط الرابع : أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة	
٥٧٢	الحال إلى ما كانت عليه .	
٥٧٤	٢٠١- خيار الدائن بين التنفيذ العيني والفسخ .	
٥٧٦	٢٠٢- من يحق له طلب الفسخ ؟	
٥٧٨	٢٠٣- طلب الفسخ صراحة أو ضمنا .	
٥٨١	٢٠٤- طلب الفسخ يكون بدعى أو بطلب عارض .	
٥٨٢	٢٠٥- توفى المدين الفسخ .	
	٢٠٦- الوفاء يحقق أثره فى توفى الفسخ ولو كان المدين	
	قد وجه اليمين الحاسمة إلى الدائن على أنه لم يتقاضى	
٥٨٦	الأجرة فحلفها .	
	٢٠٧- هل يجوز توفى الفسخ بعد نقض الحكم الصادر	
٥٨٧	بالفسخ ؟	
	٢٠٨- لا يحول دون توفى الفسخ بالوفاء أن يكون	
٥٨٨	المدين سئ النية .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٥٨٨	٢٠٩- إلزام المدين المصاريف إذا توفى الفسخ بالوفاء.	
	٢١٠- إلزام المدين بالتعويض بعد رفض دعوى الفسخ للتوفى .	
٥٨٩	٢١١- نظرة الميسرة .	
٥٩٠	٢١٢- سلطة القاضى التقديرية فى نظرية الميسرة .	
٥٩٥	٢١٣- جواز صدور قرار المحكمة بنظرة الميسرة غير مسبب .	
٥٩٧	٢١٤- هل يجوز للقاضى منح المدين نظرية الميسرة بعد نقض الحكم وإعادته إلى محكمة الاستئناف .	
٥٩٧	٢١٥- نظرة الميسرة مما لا يتعلق بالنظام العام .	
٥٩٨	٢١٦- القضاء بالفسخ جوازى للمحكمة .	
٥٩٨	٢١٧- خضوع تقدير مبررات الفسخ لتقدير محكمة الموضوع .	
٦٠٢	٢١٨- القضاء بالفسخ منشى له .	
٦٠٥	٢١٩- هل للمحكمة سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ والإخلاء فى قوانين إيجار الأماكن ؟	
٦٠٦	(أ) النصوص القانونية .	
٦٠٦	(ب) رأى الفقه .	
٦٠٨	(ج) اتجاه محكمة النقض .	
٦١١	(د) رأينا الخاص .	
٦١٨		

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٢٠-	إلزام المدين بالتعويض مع الحكم بالفسخ .	٦٢٠
٢٢١-	التنازل عن طلب الفسخ .	٦٢١
٢٢٢-	تقديم دعوى الفسخ .	٦٢٢
٢٢٣-	تقدير قيمة دعوى الفسخ .	٦٢٤
التفاسخ (التنازل)		
٢٢٤-	المقصود بالتفاسخ (التنازل وشروطه) .	٦٢٦
٢٢٥-	التفاسخ حال رفع دعوى الفسخ .	٦٣٣
٢٢٦-	تفاسخ المشتري بعقد عرفى عن البيع ولو كان قد باع المبيع إلى آخر مادام هو لم يحل إليه حقوقه الناشئة عن عقد شرائه .	٦٣٤
٢٢٧-	الأصل ألا يكون للتفاسخ أثر رجعى .	٦٣٥
٢٢٨-	عدم مساس الأثر الرجعى للتفاسخ بحقوق الغير .	٦٣٧
الفسخ الاتفاقى		
٢٢٩-	المقصود بالفسخ الاتفاقى .	٦٣٩
٢٣٠-	وجوب توافر الشروط اللازمة للفسخ طبقا للمادة ١٥٧ منى .	٦٤٠
٢٣١-	تدرج المتعاقدين فى اشتراط الفسخ .	٦٤١
٢٣٢-	عدم اشتراط ألفاظ معينة للشروط الفاسخ الصريح .	٦٤٩
٢٣٣-	اللجوء إلى القضاء إذا نازع المدين فى تحقق الشرط .	٦٥٦

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٣٤-	يجوز التمسك بفسخ العقد طبقا للشرط الفاسخ الصريح فى صورة دفع للدعوى المرفوعة على المدعى عليه .	٦٦١
٢٣٥-	إقامة الدعوى بفسخ البيع والتعويض ، ثم الاستناد فى الاستئناف إلى تحقق الشرط الصريح الفاسخ لا يعد طلقا جديدا .	٦٦٢
٢٣٦-	ليس للقاضى سلطة تقديرية فى الفسخ .	٦٦٣
٢٣٧-	لا يحول الفسخ الاتفاقى دون طلب الدائن للتنفيذ .	٦٦٥
٢٣٨-	قصر الفسخ الاتفاقى على بعض الالتزامات لا يجعله يمتد إلى غيرها .	٦٦٦
٢٣٩-	إثبات الاتفاق على الفسخ الاتفاقى .	٦٦٦
٢٤٠-	التعسف فى طلب الفسخ الاتفاقى .	٦٦٧
٢٤١-	التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح .	٦٦٨
٢٤٢-	أثر التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح .	٦٧٧
٢٤٣-	الطرد عند عدم الوفاء بالأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح .	٦٧٨
٢٤٤-	الطرد عند عدم الوفاء بالأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح فى العقود الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن .	٦٧٩

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١٥٩)	
٢٤٥-	انفساخ العقد بقوة القانون .	٦٨٦
٢٤٦-	شروط الانفساخ .	٦٨٧
٦٨٨	الشرط الأول : أن يصير التزام العاقد مستحيلا .	
٦٩٥	الشرط الثاني: أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملة .	
	الشرط الثالث : أنت كون استحالة تنفيذ الالتزام ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد .	٦٩٨
	الشرط الرابع : أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة لسبب أجنبي عن المدين .	٦٩٩
٢٤٧-	وقوع الانفساخ من تلقاء نفسه .	٧٠٣
٢٤٨-	تحمل التبعة عند انفساخ العقد .	٧٠٣
٢٤٩-	هل يقع الانفساخ في العقد الملزم لجانب واحد ؟	٧٠٧
٢٥٠-	آثار انفساخ العقد .	٧٠٨
٢٥١-	هلاك محل الالتزام وتخلف شيء آخر .	٧١٠
٢٥٢-	لا يمنع انفساخ العقد من المطالبة بالتعويض .	٧١٢

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (١٦٠)	٧١٥
٢٥٣-	تحقق أثر الفسخ أيا كان نوع الفسخ .	٧١٥
٢٥٤-	أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين .	٧١٥
٢٥٥-	استثناء عقود المدة من الأثر الرجعى للفسخ .	٧٢٦
٢٥٦-	تقييد عدم سريان الأثر الرجعى للفسخ على عقود المدة بالحكمة التى أملتة .	٧٣١
٢٥٧-	إقامة بناء على العين قبل فسخ عقد البيع .	٧٣٢
٢٥٨-	حق الحبس وإجراء المقاصة .	٧٣٥
٢٥٩-	أثر الفسخ بالنسبة للغير .	٧٣٧
	مادة (١٦١)	٧٤٢
	الدفع بعدم التنفيذ :	٧٤٢
٢٦٠-	تعريف الدفع بعدم التنفيذ وأساسه .	٧٤٢
٢٦١-	نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق فى الحبس .	٧٤٤
	شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ	
٢٦٢-	الشرط الأول : أن يكون العقد ملزما للجانبين .	٧٤٦
٢٦٣-	الشرط الثانى : أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء .	٧٤٩

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٦٤-	هل يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى لم ينفذ أساسيا ؟	٧٥٦
٢٦٥-	الخلاف على تنفيذ الالتزامات .	٧٥٩
٢٦٦-	لا يشترط أن يكون عدم التنفيذ ناشئا خطأ أو غش .	٧٦٠
٢٦٧-	تبادل عدم التنفيذ الكلى وعدم التنفيذ الجزئى .	٧٦٠
٢٦٨-	الشرط الثالث : ألا يكون عدم تنفيذ المتعاقد الآخر التزامه راجعا إلى تقصير المتمسك بالدفع .	٧٦١
٢٦٩-	الشرط الرابع : ألا يكون المتعاقد الذى يتمسك بالدفع مجبرا على أن يقوم هو بتنفيذ التزامه أولاً .	٧٦٢
٢٧٠-	الشرط الخامس : ألا يتضمن الدفع إساءة لاستعمال الحق .	٧٦٦
٢٧١-	كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .	٧٦٨
٢٧٢-	عدم ضرورة الإعذار .	٧٦٨
٢٧٣-	عدم تعلق الدفع بعدم التنفيذ بالنظام العام .	٧٦٩
٢٧٤-	أثر الدفع بعدم التنفيذ .	٧٦٢
٢٧٥-	أثر وقف التنفيذ فى عقود المدة .	٧٧٤
٢٧٦-	أثر الدفع بالنسبة للغير .	٧٧٤
٢٧٧-	الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الإدارية .	٧٧٥

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	(الفصل الثانى) (الإرادة المنفردة)	
	مادة (١٦٢)	٧٧٧
٧٧٧	٢٧٨- دور الإرادة المنفردة فى ترتيب الآثار القانونية.	٧٧٧
٧٧٨	٢٧٩- هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام؟	٧٧٨
٧٨١	٢٨٠- موقف التقنين المبنى الجديد من الإرادة المنفردة.	٧٨١
	٢٨١- الشروط الواجب توافرها فى التصرف الذى ينشأ بإرادة منفردة .	٧٨٣
	٢٨٢- تطبيقات الالتزام بالإرادة المنفردة .	٧٨٣
	١- الإيجاب الملزم .	٧٨٣
	٢- المؤسسة .	٧٨٣
	٣- تطهير العقار المرهون .	٧٨٤
	٤- الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور .	٧٨٥
	الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور	
	٢٨٣- شروط الوعد بجائزة .	٧٨٦
	٢٨٤- أحكام الوعد بجائزة .	٧٨٧
	(أ) الوعد الذى حددت له مدة .	٧٨٧
	(ب) الوعد الذى لم تحدد له مدة .	٧٨٨

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٧٩٢	٢٨٥- متى لا يلزم الإعذار قبل المطالبة بقيمة الجائزة؟	
٧٩٣	٢٨٦- سقوط دعوى المطالبة بقيمة الجائزة بالتقادم .	
٧٩٤	٢٨٧- مسائل لم تعرض لها المادة .	
	(الفصل الثالث)	
	(العمل غير المشروع)	
٧٩٦	مادة (١٦٣)	
٧٩٦	٢٨٨- المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية .	
٧٩٧	٢٨٩- وحدة المسؤولية المدنية .	
٧٩٨	٢٩٠- أساس المسئوليتين .	
	٢٩١- الفروق التي توجب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية .	
٧٩٩	١- من حيث الأهلية .	
٧٩٩	٢- من حيث الإعذار .	
٨٠٠	٣- من حيث درجة الخطأ .	
٨٠٠	٤- من حيث عبء الإثبات .	
٨٠١	٥- من حيث مدى التعويض .	
٨٠١	٦- من حيث التضامن .	
٨٠٢	٧- من حيث الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية .	
٨٠٢	٨- من حيث التقادم .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٩-	من حيث الاختصاص .	٨٠٣
٢٩٢-	تحديد نطاق كل من المسئوليتين العقدية	
	والتقصيرية .	٨٠٤
٢٩٣-	عدم الجمع بين المسئولية العقدية والمسئولية	
	التقصيرية .	٨٠٩
٢٩٤-	عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين .	٨١٢
٢٩٥-	استثناء من قاعدة عدم الخيرة فى المسئوليتين	
	المدنية والتقصيرية .	٨١٧
٢٩٦-	إقامة دعوى التعويض على أساس المسئولية	
	العقدية أو التقصيرية بعد وسيلة دفاع لا سببا للدعوى .	٨٢١
٢٩٧-	القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية .	٨٣١
	أركان المسئولية التقصيرية	
٢٩٨-	ثلاثة أركان للمسئولية التقصيرية .	٨٣٢
	(الركن الأول للمسئولية التقصيرية)	
	(الخطأ)	
٢٩٩-	تعريف الخطأ .	٨٣٢
٣٠٠-	أولاً : الركن المادى للخطأ (التعدى) .	٨٣٤
٣٠١-	الخطأ الجنائى والخطأ المدنى .	٨٤٣
٣٠٢-	الامتناع عن أداء واجب خلقى لا يرتب تعديا .	٨٤٨
٣٠٣-	معيان التعدى .	٨٥٠
٣٠٤-	الاعتداد بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية .	٨٥٠

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
	٣٠٥- انطباق المعيار على الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي .	
٨٥٦		
٨٥٧	٣٠٦- انطباق المعيار على كافة درجات الخطأ .	
٨٥٨	٣٠٧- أثر حسن النية أو سوءها في تقدير الخطأ .	
٨٦٠	٣٠٨- إثبات التعدي .	
	ثانيا : الركن الثاني للخطأ	
	(الإدراك)	
٨٦٤	٣٠٩- المقصود بالإدراك .	
٨٦٤	٣١٠- حالات لا يكون التعدي فيها خطأ .	
٨٦٥	٣١١- مسئولية الشخص المعنوي .	
	تطبيقات للخطأ .	
٨٦٦	٣١٢- خطأ الطبيب .	
٨٦٧	٣١٣- الخطأ المصلحي (المرفق) .	
	الركن الثاني للمسئولية التقصيرية	
	(الضرر)	
٨٧٠	٣١٤- تعريف الضرر .	
٨٧١	٣١٥- الضرر المادي والأدبي .	
	الركن الثالث للمسئولية التقصيرية	
	(علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر)	
٨٧٢	٣١٦- المقصود بعلاقة السببية .	
٨٧٤	٣١٧- ما تنثيره علاقة السببية .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	أولاً : حالة تعدد الأسباب	
٣١٨-	النظرية الأول : نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب.	٨٧٥
٣١٩-	النظرية الثانية : نظرية السبب المنتج (الفعال).	٨٧٥
٣١٩-	مكرراً - الأثر الذى يترتب على تعدد الأسباب.	٨٧٦
٣٢٠-	متى يستغرق أحد الخطأين الأخطاء الأخرى ؟	٨٨٤
	ثانياً : تسلسل الأضرار	
٣٢١-	المقصود بتسلسل الأضرار	٨٨٦
٣٢٢-	إثبات علاقة السببية .	٨٨٦
٣٢٣-	قيام علاقة السببية من المسائل المتعلقة بالواقع.	٨٨٨
٨٩٠	مادة (١٦٤)	
٣٢٤-	الركن المعنوى فى الخطأ (التمييز) .	٨٩٠
٣٢٥-	نطاق انعدام المسؤولية لانعدام التمييز .	٨٩٤
١-	إذا كان عديم التمييز هو الذى أصيب بالضرر .	٨٩٤
٢-	حالة الخطأ المفروض .	٨٩٥
٣-	أن يكون عديم التمييز وحده فى مكان المسئول .	٨٩٦
٣٢٦-	مسئولية عديم التمييز فى حالات استثنائية .	٨٩٦
٩٠٠	مادة (١٦٥)	
٣٢٧-	انقطاع علاقة السببية .	٩٠٠
	أولاً : القوة القاهرة	
٣٢٨-	تعريف القوة القاهرة .	٩٠١

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٢٩-	عدم إمكان توقع الحادث .	٩٠١
٣٣٠-	استحالة دفع الحادث .	٩٠٢
٣٣١-	يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً .	٩٠٢
٣٣٢-	أمثلة للقوة القاهرة .	٩٠٣
٣٣٣-	الحادث المفاجئ (الحادث الجبرى) .	٩٠٣
	ثانياً : خطأ المضرور	
٣٣٤-	حكم هذه الحالة .	٩٠٨
٣٣٥-	حالة وجود خطأ مشترك بين المضرور والمسئول .	٩١٠
٣٣٦-	الخطأ المتعمد .	٩١٧
٣٣٧-	رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر .	٩٢٠
	ثالثاً : خطأ الغير	
٣٣٨-	المقصود بخطأ الغير .	٩٢٢
٣٣٩-	حالات خطأ الغير .	٩٢٤
٣٤٠-	انقضاء المسؤولية بنبوت السبب الأجنبى .	٩٢٦
٣٤١-	اشتراك خطأ المسئول مع القوة القاهرة أو الحادث الفجائى .	٩٢٧
٣٤٢-	تقدير قيام القوة القاهرة أو الحادث الفجائى متروك لقاضى الموضوع .	٩٢٧
٣٤٣-	عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائى .	٩٢٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
	مادة (١٦٦)	
٩٣٠	٣٤٤- حالات يكون التعدي فيها مشروعا .	
٩٣٠	حالة الدفاع الشرعى :	
	شروط الدفاع الشرعى .	
٩٣٣	٣٤٥- الشرط الأول : وجود خطر حال على النفس أو المال .	
٩٤٢	٣٤٦- الشرط الثانى : أن يكون السبيل الوحيد لدفع الاعتداء هو استعمال القوة القاهرة .	
٩٤٥	٣٤٧- الشرط الثالث : أن يكون الأذى غير المشروع.	
٩٤٩	٣٤٨- الشرط الرابع : أن يكون الدفاع بالقدر اللازم لدفع الاعتداء .	
٩٥٥	٣٤٩- أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعى .	
٩٥٩	٣٥٠- لايجوز التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى لأول مرة أمام محكمة النقض .	
	مادة (١٦٧)	
٩٦٠	٣٥١- مسئولية الموظف العام عن عمله الذى أضر بالغير .	
٩٦٠		

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٥٢-	شروط عدم مسئولية الموظف عن عمله الذى	
٩٦١	أضر بالغير إذا قام به تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس .	
مادة (١٦٨)		
٩٦٨		
٣٥٣-	التسبب فى إحداث ضرر للغير لتفادى ضررا	
٩٦٨	أكبر .	
٩٦٨	٣٥٤- شروط المادة ٦١ من قانون العقوبات .	
	٣٥٥- الشروط الواجب توافرها فى حالة الضرورة	
٩٧٤	المنصوص عليها بالمادة ١٦٨ مدنى .	
٩٧٩	٣٥٦- مسئولية الموظف قبل الحكومة .	
٩٨٢	٣٥٧- تطبيق معيار الخطأ .	
	٣٥٨- الفرق بين حالة الضرورة والدفاع الشرعى	
٩٨٤	والقوة القاهرة .	
٩٨٧	٣٥٩- حكم الضرر .	
مادة (١٦٩)		
٩٩٠		
٩٩٠	٣٦٠- المقصود بالتضامن .	
٩٩٣	٣٦١- شروط قيام التضامن فى المسئولية .	
١٠٠٠	٣٦٢- توزيع التعويض على المسئولين .	
١٠٠٩	٣٦٣- يجب طلب القضاء بالتضامن .	
	٣٦٤- هل يجب أن ينص الحكم فى منطوقه على	
١٠١٠	التضامن ؟	

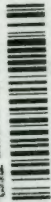
رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٦٥-	التضامن والتضام .	١٠١١
٣٦٦-	آثار التضامن .	١٠١٢
	مادة (١٧٠)	١٠١٨
٣٦٧-	المقصود بالضرر .	١٠١٨
٣٦٨-	الضرر المادي والضرر الأدبي .	١٠١٨
٣٦٩-	يشترط أن يكون الضرر محققا .	١٠٢٦
٣٧٠-	التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع .	١٠٢٩
٣٧١-	الإخلال بحق ثابت للمضرور .	١٠٢٩
٣٧٢-	التعويض عن الضرر الموروث .	١٠٣١
٣٧٣-	حالة عدم المطالبة بالتعويض من جميع الورثة .	١٠٣٥
٣٧٤-	عدم استحقاق الجنين تعويضاً عن الضرر الشخصي المباشر .	١٠٣٦
٣٧٥-	لا يجوز التعويض عما أنفقه الوالد على ولده .	١٠٣٨
٣٧٦-	سلطة القاضي في بيان عناصر الضرر والتثبت من شروطه .	١٠٣٩
٣٧٧-	إجماع التعويض عن الضررين المادي والأدبي .	١٠٤١
٣٧٨-	الإخلال بمصلحة مالية للمضرور .	١٠٤٣
٣٧٩-	التعويض عن تقويت الفرصة .	١٠٤٦

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٨٠-	مراعاة الظروف الملائمة في تقدير التعويض .	١٠٥١
٣٨١-	متى ينشأ الحق في التعويض .	١٠٥٧
٣٨٢-	تقدير الضرر المتغير .	١٠٥٨
٣٨٣-	تغير الضرر في الفترة بين الحكم بالتعويض ابتدائيا والحكم استئنافيا .	١٠٦٤
٣٨٤-	الضرر الذي لا يمكن تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت صدور الحكم .	١٠٦٥
٣٨٥-	التعويض المؤقت .	١٠٦٦
٣٨٦-	خصم التعويض المؤقت من التعويض النهائي .	١٠٧٠
٣٨٧-	لا يجوز طلب تكملة التعويض إذا صرحت المحكمة الجنائية أنها قدرت التعويض تقديرا نهائيا .	١٠٧١
٣٨٨-	جواز الحكم بنفقة مؤقتة للمضرور .	١٠٧٢
٣٨٩-	لا يجوز لمحكمة ثلثي درجة أن تسوئ مركز المحكوم ضده المستأنف بزيادة مبلغ التعويض .	١٠٧٣
٣٩٠-	المضرور هو صاحب الحق في التعويض .	١٠٧٥
مادة (١٧١)		
٣٩١-	طرق التعويض .	١٠٧٨
٣٩٢-	الأصل في التعويض هو التعويض العيني .	١٠٧٨
٣٩٣-	التعويض غير النقدي .	١٠٨٢

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
١٠٨٥	٣٩٤- التعويض النقدي .	
	٣٩٥- التعويضات المنصوص عليها في القوانين المتعلقة	
١٠٨٨	بالضرائب والرسوم .	

تم بحمد الله

Bibliotheca Alexandrina



1129947